

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA



TESIS

**SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN MÉXICO A
PARTIR DE 2011: LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LA SCJN COMO
OBSTÁCULO PARA EL DESARROLLO DEL DIÁLOGO
JURISPRUDENCIAL**

PRESENTA

JAIME FERNANDO CIENFUEGOS SORDO

**PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO CON ORIENTACIÓN EN DERECHO
CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD**

ABRIL, 2017



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO



TESIS

**SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN MÉXICO A
PARTIR DE 2011: LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LA SCJN COMO
OBSTÁCULO PARA EL DESARROLLO DEL DIÁLOGO
JURISPRUDENCIAL**

PRESENTA

JAIME FERNANDO CIENFUEGOS SORDO

**PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO CON ORIENTACIÓN EN DERECHO
CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD**

**DIRECTOR DE TESIS
DR. EFRÉN VÁZQUEZ ESQUIVEL**

**CODIRECTOR DE TESIS
DR. JOSÉ LUIS PRADO MAILLARD**

ABRIL, 2017

Dedico el presente trabajo:

A mi esposa, Sandra Elisa, con quien espero
dialogar toda mi vida; gracias por tu incondicional apoyo y por la felicidad
que generas en mi cada día que paso a tu lado.

A mi hija, Elisa, por nuestros futuros diálogos; gracias
por ser una brillante luz en mi vida.

A mi padre, Jorge Alberto, porque el trabajo que se presenta
es fruto de todas las oportunidades que
puso a mi alcance; gracias por ser mi guía.

A mi madre, Blanca, en cuyas palabras sólo
encuentro amor y confianza; gracias por ser mi consuelo
cuando más lo necesito.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	6
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I. APARTADO METODOLÓGICO	11
I.1 Antecedentes del problema.....	11
I.2 Planteamiento del problema.....	14
I.3 Finalidad de la investigación	16
I.4 Hipótesis	17
I.5 Marco teórico	18
I.6 Diseño metodológico	31
CAPÍTULO II. EL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN MEXICO A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011 Y SU IMPACTO EN EL «DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL»	41
II.1 Antecedentes y contenido de las Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformada por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011	41
II.1.1 Antecedentes	41
II.1.2 Proceso legislativo.....	66
II.2 El Caso Radilla como hito para el cambio en el sistema de control de constitucionalidad en México.....	71
II.2.1 Antecedentes	71
II.2.2 Sentencia de la ColDH en el Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos	73
II.2.3 Consulta a trámite 489/2010	81
II.2.4 Expediente varios 912/2010.....	92
II.3 Las obligaciones interpretativas en materia de derechos humanos derivadas del párrafo segundo del artículo 1º constitucional	100
II.3.1 Principio de interpretación conforme.....	101
II.3.2 Principio <i>pro persona</i>.....	104
II.4 El sistema de fuentes del derecho en México a partir de la reforma constitucional de 2011	109
II.4.1 La reforma al artículo 1º constitucional y el sistema de fuentes.....	114
II.4.2 La reforma al artículo 15 constitucional y el sistema de fuentes	124
II.5 La ColDH en el nuevo sistema de control de constitucionalidad en México.....	127
II.5.1 Antecedentes y evolución del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos	127
II.5.2 Las funciones consultiva y contenciosa de la ColDH	133

II.5.2.1 La función contenciosa de la ColDH.....	135
II.5.2.2 La función consultiva de la ColDH	146
II.5.3 Reconocimiento de la competencia de la ColDH por parte del Estado Mexicano.....	159
II.5.4 La posición de la ColDH a partir de la RCDH y la fuerza normativa de sus resoluciones en el orden jurídico mexicano	163
II.6 Los jueces ordinarios como jueces constitucionales y convencionales	166
CAPÍTULO III. EL «DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL» EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.....	170
III.1 Delimitación terminológica.....	170
III.1.1 El fenómeno de la comunicación judicial	170
III.1.2 El concepto de «diálogo jurisprudencial»	173
III.2 Tipologías de la comunicación transjudicial y el «diálogo jurisprudencial»	179
III.2.1 Tipología de Slaughter	180
III.2.2 Tipología de Burgorgue-Larsen.....	186
III.3. Globalización, universalidad de los derechos humanos y pluralismo constitucional como presupuestos para el «diálogo jurisprudencial»	188
III.3.1 Globalización y «diálogo jurisprudencial»	188
III.3.2 Universalidad de los derechos humanos y «diálogo jurisprudencial»	195
III.3.3 Pluralismo constitucional y «diálogo jurisprudencial»	203
III.4 El principio de seguridad jurídica y el «diálogo jurisprudencial»	210
III.5 El «diálogo jurisprudencial» y la doctrina del <i>ius commune</i>	221
III.6 El «diálogo jurisprudencial» como diálogo hermenéutico	230
CAPÍTULO IV. LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LA SCJN COMO OBSTÁCULO PARA EL DESARROLLO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011	238
IV.1 Delimitación del concepto “teoría constitucional”	238
IV.2 Restricciones constitucionales	240
IV.3 Obligatoriedad de la jurisprudencia de la ColDH.....	272
IV.4 Inaplicación de la jurisprudencia de la SCJN.....	282
CONCLUSIONES	319
BIBLIOGRAFÍA	328

ABREVIATURAS

CADH:	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CEDH:	Corte Europea de Derechos Humanos
CoIDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Constitución Federal o CPEUM:	Constitución Política de los Estados Unidos M.
Constitución de 1857:	Constitución Política de la República Mexicana de 1857
CIDH:	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
DOF:	Diario Oficial de la Federación
Ley de Amparo:	Ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
SCJN:	Suprema Corte de Justicia de la Nación
SJF:	Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
TCE:	Tribunal Constitucional Español

RCDH:

Reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011.

INTRODUCCIÓN

La RCDH ha sido objeto de numerosos e interesantes estudios desde su publicación en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, lo cual era de esperarse dado que sus implicaciones en el orden jurídico nacional en general y el derecho constitucional en particular obligaron a los operadores del derecho a modificar el entendimiento de la Constitución y por tanto las prácticas constitucionales, avanzando de esta forma en el proceso denominado “constitucionalización”, entendido como el “proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento resulta totalmente «impregnado» por las normas constitucionales.”¹

Buscando abonar en el proceso previamente descrito, la presente investigación pretende realizar un análisis del entendimiento de la Constitución que tiene la SCJN a partir de la RCDH, es decir de su teoría constitucional, específicamente en los temas relativos a jerarquía normativa, control de constitucionalidad e interpretación constitucional, y si con sus resoluciones dicho órgano jurisdiccional está permitiendo el natural desarrollo y efectividad de la RCDH, entre la que se encuentra la posibilidad de que, al emitir sus resoluciones, exista un verdadero «diálogo jurisprudencial», entendido éste como un proceso de preguntas y respuestas con orientación y sentido que se produce entre los jueces nacionales, la SCJN y la CoIDH.

Para lograr lo anterior, elaboraremos un primer capítulo de carácter metodológico, en el cual el lector podrá advertir los antecedentes y planteamiento del problema, es decir, las inquietudes que nos llevaron a tratar el presente tema; igualmente se expondrá la finalidad u objetivos de la investigación y la hipótesis a comprobar; por otra parte se desarrollarán las premisas teóricas que guiarán nuestra investigación y finalmente el diseño metodológico, exponiendo y justificando la elección del enfoque y la unidad de análisis que se utilizarán.

¹ Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, trad. José María Lujambio en: Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ta. ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 49.

En el segundo capítulo se realizará un análisis de los antecedentes y contenido de la RCDH, ya que ésta implicó un verdadero cambio en la concepción de los derechos humanos y su interpretación, del sistema de fuentes y del sistema de control constitucional, que constituyen el llamado cambio de paradigma constitucional en el orden jurídico mexicano, profundizando en el análisis de las normas constitucionales que implicaron dicho cambio. Igualmente se realizará un análisis del Caso Radilla, a través del cual se determinó el sistema de control de constitucionalidad en México y se reconoció la obligación de los jueces mexicanos de realizar un control de convencionalidad.

En el mismo capítulo se realizará un estudio del sistema interamericano de derechos humanos, sus antecedentes y los órganos que lo componen, así como del valor normativo de sus resoluciones y su posición en el orden jurídico mexicano a partir de la RCDH, ya que son precisamente dichas resoluciones las que constituyen el mecanismo de diálogo entre los jueces nacionales y la CoIDH; igualmente se expondrán las obligaciones de los jueces nacionales como jueces interamericanos.

En el tercer capítulo de la presente investigación se desarrollará el tema relativo al diálogo jurisprudencial, su delimitación conceptual, sus tipologías y sus presupuestos, tales como la globalización y la universalidad de los derechos humanos; asimismo se llevará a cabo un análisis del llamado pluralismo constitucional aplicado y se intentará justificar que a partir de la RCDH nos encontramos en un verdadero escenario de pluralismo constitucional cuyas tensiones deben ser resueltas en forma dialógica. De igual forma se justificará que para que un diálogo sea racional, debe tener la estructura de un diálogo hermenéutico.

Finalmente se realizará un análisis de la teoría constitucional de la SCJN, a través de los criterios emitidos por ésta última a partir de 2011 en temas como jerarquía normativa, sistema de control de constitucionalidad e interpretación constitucional para poder apreciar si la misma resulta adecuada con el nuevo marco normativo y el escenario de pluralismo constitucional derivado de la

RCDH.

CAPÍTULO I. APARTADO METODOLÓGICO

I.1 Antecedentes del problema

El control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos en el orden jurídico mexicano es un tema que ha sido objeto de numerosos debates, tanto doctrinales como jurisdiccionales. Algunas posturas, sobre la base de la interpretación del artículo 133 constitucional, sugieren limitar dicho control al ejercido por el Poder Judicial de la Federación, mientras que otros defienden la postura en la que dicho control puede ser ejercido en cualquier proceso por todo órgano jurisdiccional (modelo angloamericano).

En México podemos fijar el origen del control de regularidad constitucional desde la Constitución de Apatzingán de 1814, sin embargo fue el constituyente de 1857² quien introduce aspectos del sistema norteamericano (podemos citar como ejemplo el segundo párrafo del artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de América)³, pero al ser combinados con el modelo europeo predominante en nuestro orden jurídico produjo un sistema mixto que ha provocado la diversidad de criterios en lo referente al control de constitucionalidad que existe en nuestro país.

La misma SCJN a lo largo del siglo XX y principios del XXI ha tomado diversas posiciones al respecto, proponiendo en distintos momentos la adopción de sistemas de control de constitucionalidad opuestos o eclécticos. Un ejemplo de lo anterior es la tesis emitida por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitida en el año de 1968 cuyo rubro y texto son los siguientes:

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES. EXAMEN DE LA IMPROCEDENTE POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN. No existe jurisprudencia de la Suprema

² José Ramón Cossío Díaz divide el proceso de control de constitucionalidad en cuatro periodos: periodo de antecedentes (1814-1856), periodo de formación (1857-1917), periodo de reiteración (1917-1987) y periodo de constitucionalización (1987- a la actualidad) Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, México, IIJ-UNAM, 2011, p. 4

³ Para un análisis de la influencia de la Constitución Norteamericana en el constituyente de 1857 véase Rabasa, Emilio, *La constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, 10a. ed., México, Editorial Porrúa, 2011, pp. 80-86.

Corte de Justicia de la Nación que imponga a la autoridad judicial común por aplicación literal del artículo 133 constitucional, la obligación de calificar la constitucionalidad de las leyes que norman el contenido de sus resoluciones, si bien es cierto que ocasionalmente ha llegado a sustentarse tal tesis, la mayoría de los precedentes se orienta en el sentido de considerar que sólo el Poder Judicial de la Federación puede calificar la constitucionalidad de las leyes a través del juicio constitucional.⁴

El criterio anterior demuestra la aceptación de que la SCJN ha emitido criterios contrarios en lo que respecta al sistema de control de constitucionalidad en nuestro país. Durante las siguientes Épocas del Semanario Judicial de la Federación (séptima, octava y novena) predominó el control concentrado de constitucionalidad. Los criterios que dominaron la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta son las siguientes:

"CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN" ⁵

"CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN".⁶

Sin embargo, a finales de la Novena Época, y en virtud de la RCDH, así como de la discusión de la sentencia emitida por la CoIDH en el conocido Caso Radilla, el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno al control de constitucionalidad ha dado un nuevo giro para adoptar el sistema en el que todas las autoridades encargadas de ejercer la función jurisdiccional deben realizar un control de constitucionalidad así como de convencionalidad dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

Como se verá con mayor profundidad en el Capítulo II de la presente investigación, los cambios que han permitido adoptar este nuevo sistema de control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos a la luz de los derechos humanos reconocidos en nuestro orden jurídico son los siguientes:

⁴ Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, Sexta Época, tomo CXXXV, 30 de septiembre de 1968, p.37.

⁵ Tesis P./J. 73/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo X, agosto de 1999, p. 18.

⁶ Tesis P./J. 74/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo X, agosto de 1999, p. 5.

En primer lugar, resulta evidente que el cambio proviene de las Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformada por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, la cual ahora establece lo siguiente en los primeros tres párrafos del artículo 1º constitucional:

“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”

“Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

La modificación al artículo 1º constitucional, introdujo en nuestro país un conjunto de elementos cuya plena operatividad depende del entendimiento que de los mismos tengan los órganos encargados de impartir justicia, especialmente la SCJN en su carácter de órgano cúspide del Poder Judicial de la Federación y cuyos criterios resultan obligatorios para el resto de los tribunales del país.

En segundo término, la aplicación del reformado artículo 1º constitucional, por parte de la SCJN, con motivo de la sentencia dictada por la CoIDH, en el caso 12.511. Rosendo Radilla Pacheco, v. Los Estados Unidos Mexicanos, la cual en su párrafo 339 establece la obligación, a cargo de todos los jueces mexicanos, de aplicar incluso de oficio “el control de convencionalidad”, mismo que no se puede llevar a cabo sin que exista antes el “control de constitucionalidad” como atribución de todos los jueces nacionales.

A partir de lo resuelto por la SCJN en el Caso Radilla, derivó la solicitud

de modificación de las jurisprudencias P./J. 73/99 y P./J. 74/99, de rubros: "CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN" y "CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN".⁷

Sin embargo, si bien el reconocimiento de la existencia de un sistema difuso del control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano resultó un primer paso en la implementación de la RCDH, para su natural desarrollo dicha reforma requería de un cambio en la teoría constitucional que imperaba en la SCJN, es decir en su entendimiento del texto constitucional.

I.2 Planteamiento del Problema

Derivado de las reformas y mutaciones constitucionales⁸ expuestas en el apartado anterior, un sector importante de la doctrina ha reconocido que nos encontramos en un nuevo paradigma constitucional⁹ en lo que respecta no sólo a los derechos humanos reconocidos por la CPEUM y al sistema de control de constitucionalidad, sino al entendimiento que debe tenerse del propio texto normativo para que dichas reformas cumplan con el objetivo para el que fueron realizadas.

Se sostiene lo anterior toda vez que la RCDH trajo consigo un profundo cambio en el texto normativo que alteró el sistema de fuentes del derecho en el

⁷ Si bien no se modificaron dichos criterios, el Pleno de la SCJN determinó dejarlos sin efectos.

⁸ Georg Jellinek establece que "por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia de tal mutación" Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p.7

⁹ Se habla incluso de un reto cultural, en la medida que "el contenido del artículo 1º constitucional reformado impone un reto mayúsculo a todos los operadores del derecho en general y del derecho constitucional en particular. Esto vale para abogados, juristas y jueces pero también para los actores políticos y las autoridades de todos los niveles. No se trata solamente del desafío que supone conocer las nuevas normas, interpretarlas, utilizarlas y, de esta manera, dotarlas de contenido; implica un desafío mayor, que consiste en aprender a desaprender algunas de las teorías, prácticas, dinámicas y lógicas con las que operaban hasta ahora. Conviene analizar por separado las dos dimensiones de esta ecuación." Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, Senado de la República-Instituto Belisario Domínguez, 2014, p. 195 en <http://corteidh.or.cr/tablas/r33063.pdf>, (Documento web) Fecha de consulta: 28 de febrero de 2017.

ordenamiento jurídico mexicano, el cual, no puede ser explicado en términos simplemente jerárquicos, ya que por disposición expresa del artículo 1º constitucional las normas relativas a derechos humanos deberán ser interpretadas con criterios hermenéuticos distintos y por tanto los conflictos entre normas internacionales y constitucionales de la materia no pueden ser resueltos con los modelos de corte positivista que imperaban en las decisiones de la SCJN¹⁰.

Resulta evidente que las tensiones propias de estas situaciones, en donde coexiste una pluralidad de ordenamientos que regulan una misma materia (derechos humanos), generan un reto para los órganos encargados de impartir justicia en México¹¹, quienes por más de un siglo se han desempeñado como jueces de mera legalidad y que a partir de 2011 se les encomienda la tarea de garantizar jurisdiccionalmente los derechos humanos contenidos tanto en la Constitución Federal como en los Tratados Internacionales en los que el Estado Mexicano es parte, es decir se les reconoce como jueces constitucionales y convencionales. Esta nueva realidad en el constitucionalismo mexicano, adquiere un mayor grado de complejidad cuando los propios textos internacionales de protección de derechos humanos prevén órganos jurisdiccionales especializados para su protección, como es el caso de la CoIDH.

A este respecto, al reconocer la existencia de una relación dialéctica entre el derecho internacional y el derecho interno, que aparece expresada en la propia esencia de cómo hacer efectivos los derechos protegidos en la Convención, Diego García Sayán sostiene que “los tribunales nacionales están llamados a cumplir un papel singular como uno de los vehículos principales para que el Estado pueda efectivamente guiarse por los tratados internacionales

¹⁰ Rafael Bustos Gisbert nos dice que “el panorama constitucional es radicalmente diferente del que ha sido objeto de la Teoría constitucional clásica. La norma constitucional nacional ha dejado de ser inmune frente a las normas extraestatales...”. Véase Bustos Gisbert, Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2012, Núm. 52. p.13

¹¹ Como lo señala José Luis Prado Maillard, “conciliar y vincular el derecho constitucional con el derecho internacional, donde se tenga en cuenta la armonización jurídica y las jurisdicciones, es el reto.” Prado Maillard, José Luis, *Hacia un nuevo constitucionalismo*, México, Editorial Porrúa, 2006, p. 116.

sobre derechos humanos y aplicarlos en su jurisprudencia y accionar cotidianos”¹²

Como se verá en el tercer capítulo, este nuevo contexto pluralista derivado de la RCDH requiere, para el pleno desarrollo de sus efectos, de un «diálogo jurisprudencial» (diálogo institucional¹³ o puentes jurisdiccionales dialógicos¹⁴) que sin embargo permanece ausente en las relaciones entre las diversas jurisdicciones encargadas de la interpretación y aplicación de los derechos humanos reconocidos tanto a nivel constitucional como a nivel internacional.

En consecuencia, el problema advertido y que da pie a la presente investigación consiste en lo siguiente: en su aplicación, los órganos encargados de la administración e impartición de justicia no han logrado dotar de plena operatividad a la RCDH, impidiendo por tanto el desenvolvimiento natural de las nuevas y complejas relaciones que nacen entre los órganos jurisdiccionales del país y los internacionales, especialmente la CoIDH, problema que resulta más patente en la teoría constitucional contenida en los criterios emitidos por la SCJN y que, ante su carácter vinculante, permean en las decisiones del resto de los órganos jurisdiccionales del país.

I.3 Finalidad de la investigación

El objetivo principal de este estudio consiste en analizar la teoría constitucional de la SCJN y determinar el impacto que tiene la misma en el desarrollo efectivo de la RCDH. Es decir, se busca determinar si el

¹² García-Sayán, Diego, “Una viva interacción, Corte Interamericana y Tribunales Internos” en: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, p.330 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/cuarto%20de%20siglo.pdf>, (*Documento web*), fecha de consulta: 15 de enero de 2015

¹³ Núñez Torres, Michael, “Sobre el principio del efecto directo y primacía del derecho comunitario. (Comentario a la sentencia del 24 de abril de 1990 del Tribunal Supremo español en Jurisdicción Contencioso-Administrativa)”, *Revista Conocimiento y Cultura Jurídica*, FACDYC-UANL, San Nicolás de los Garza, 2ª época, Año 1, Número 1, Enero-Junio de 2007.

¹⁴ Bazán, Víctor, “Control de convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicos y protección de los derechos humanos” *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2012, Núm. 18, Julio-Diciembre, p.37-64.

entendimiento que tiene la SCJN de la Constitución, reflejado en sus criterios, permite la efectiva implementación y desarrollo de los resultados de la reforma en si misma considerada. Para lograr lo anterior, nos valdremos de un conjunto de objetivos específicos que nos permitimos enunciar a continuación:

En primer lugar nos proponemos explicar los antecedentes y contenido de la Reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformada por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, para poder identificar el resultado de la misma, ya que como bien afirma José Ramón Cossío “lo que con la reforma se haya hecho o dejado de hacer debe verse en este contexto de entendimiento.”¹⁵

Para constatar el entendimiento de la RCDH, otro de los objetivos es el análisis de la jurisprudencia emitida por el Pleno de la SCJN a fin de identificar la teoría constitucional desarrollada en el contexto de la RCDH, principalmente en tres elementos de la misma: jerarquía normativa, control de constitucionalidad e interpretación constitucional.

Por último, la presente investigación, tiene como propósito verificar si el utillaje teórico contenido en los criterios de la SCJN alcanza el objetivo de la RCDH y el escenario de pluralismo constitucional que deriva de la misma, los cuales requieren para su pleno desarrollo de la existencia de un «diálogo jurisprudencial» entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la CoIDH, que mediante una constante interacción permita mejorar la eficacia en la protección de los derechos humanos.

I.4 Hipótesis

La hipótesis que se pretende verificar a lo largo de la presente investigación consiste en que la teoría constitucional de la SCJN, desarrollada a partir del 2011, es un factor que obstaculiza el desarrollo de un «diálogo

¹⁵ Cossío, José Ramón, *et. al.* “La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos. Estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011.”, México, Editorial Porrúa, 2015, p. 6.

jurisprudencial» entre la CoIDH y los tribunales nacionales, así como la implementación efectiva de la RCDH, con lo cual las decisiones adquirirían un mayor índice de racionalidad.

Es decir, no obstante los cambios producidos por la citada reforma, las decisiones del Pleno de la SCJN continúan reflejando un entendimiento de la Constitución que no se adapta al panorama constitucional en que se circunscriben, principalmente en temas como: jerarquía normativa, justicia constitucional e interpretación constitucional.

I.5 Marco teórico

Dado que el punto de partida de la presente investigación es la RCDH y su representación como un nuevo paradigma que exige, para su efectividad, una nueva teoría constitucional acorde con sus principios y postulados, será necesario comenzar estableciendo que por el concepto «paradigma» entenderemos, siguiendo a Thomas Kuhn en su obra *La estructura de las revoluciones científicas*, los “logros científicos universalmente aceptados, que durante un cierto tiempo suministran modelos de problemas y soluciones a una comunidad de profesionales”.¹⁶ Estos paradigmas, continua el autor, “son la fuente de los métodos, los problemas del campo y de las normas de solución aceptadas por cualquier comunidad científica madura en cualquier momento dado”.¹⁷

La aplicación de las ideas de Kuhn a la disciplina constitucional, tal y como lo exponen Fix-Zamudio y Carmona Valencia, nos permiten sostener que

¹⁶ Thomas S. Kuhn en su obra “*La estructura de las revoluciones científicas*”. 3ra. ed., trad. Carlos Solís Santos, México, Fondo de la Cultura Económica, 2006, p. 50. En su ensayo “Lo Confuso del Control Difuso de la Constitución” en Juventino V. Castro y Castro (coord.), *Estudios en Honor de Humberto Román Palacios*., Editorial Porrúa, México, 2005. José de Jesús Gudiño Pelayo propone que un paradigma jurídico es “el conjunto de ideas, doctrinas, creencias y percepciones de la realidad, que en lo fundamental determinan la legitimidad, el diseño, la estructura, y el contenido de las instituciones y prácticas jurídicas, las cuales, como las científicas, durante cierto tiempo son universalmente admitidas y proporcionan modelos de problemas y solución a determinada comunidad política”. Es indudable que el citado autor simplemente da una connotación jurídica al concepto de “paradigma” propuesto por Thomas S. Kuhn en su obra “*La estructura de las revoluciones científicas*”.

¹⁷ *Ibid.* p. 202

los paradigmas se renuevan periódicamente por los esfuerzos de la teoría y las prácticas constitucionales, siendo este el sentido profundo de la RCDH¹⁸ en el que se verán transformadas las concepciones tradicionales en materia de derechos humanos, jerarquía normativa, interpretación constitucional y justicia constitucional.

La modificación que, como veremos en el capítulo respectivo, se produjo al sistema de fuentes del derecho en México al colocar las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos en un mismo nivel nos obliga a apartarnos parcialmente de la teoría de la validez normativa desarrollada por Hans Kelsen como modelo de explicación del nuevo orden constitucional mexicano, así lo expone Pedro Salazar:

“...a raíz de la reforma a los artículos 1º y 105 constitucionales ese esquema de validez ha sido modificado de manera relevante. Aunque la validez de las normas sigue dependiendo formalmente de que hayan sido creadas por una fuente autorizada, el aspecto sustantivo ya no se resuelve en automático con el criterio de jerarquía. En los casos de conflictos normativos ya no es suficiente con identificar cuál es la norma que se encuentra en el grado superior de la pirámide de validez, sino que se debe identificar cuál es la norma que, por su contenido, ofrece mayor protección a los derechos. Este cambio no es menor y afecta de manera profunda el quehacer jurídico.”¹⁹

Como se observa, con la RCDH se da un paso adelante a lo que Augusto Martín de la Vega ha denominado “los nuevos contextos del constitucionalismo”²⁰, respecto de los cuales la Teoría de la Constitución es (o debería ser), siguiendo a Gomes Canotilho, “una instancia crítica de las soluciones constituyentes consagradas en las normas constitucionales y como

¹⁸ Fix-Zamudio, Hector y Valencia Carmona, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, 3ra.ed., México, Editorial Porrúa-UNAM, p.XVIII.

¹⁹ Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, op.cit., p. 196. En cuanto al tema de la jerarquía normativa el jurista Hans Kelsen nos recuerda que existe una jerarquía normativa indispensable y que el fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico se encuentra en las disposiciones de carácter constitucional. Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, 2a. ed., México, UNAM, 1983, pp. 146-152.

²⁰ Martín de la Vega, Augusto, “En torno a la teoría de la Constitución y los nuevos contextos del constitucionalismo”, en *Estudios de Deusto*, México, núm. 2, vol. 64, julio-diciembre de 2016, en: <file:///Users/jaimecienfuegos/Downloads/363-1066-1-PB.pdf>, fecha de consulta: 15 de enero de 2017.

filtro de racionalización de los presupuestos del intérprete de las normas constitucionales”.²¹ Uno de estos contextos es la denominada crisis del Estado social y globalización, a partir del cual nos encontraríamos también ante una crisis del Estado nacional, que se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, sostiene el propio Augusto Martín de la Vega, un debilitamiento del constitucionalismo²².

En este contexto las teorías pluralistas constituyen, desde nuestra perspectiva, un mejor modelo de respuesta a un derecho común latinoamericano en materia de derechos humanos al que México se integra más activamente a partir de la RCDH. Este derecho común no puede ser concebido como un ordenamiento único, sino como una forma de relación entre normas de varios sistemas que comparten una misma finalidad que se encuentra compuesto por normas internacionales, como la CADH, y a la vez “por las normas nacionales con la misma vocación, como son las cláusulas de apertura o las cláusulas interpretativas, conforme a las cuales los derechos humanos deben interpretarse en armonía con los instrumentos internacionales ratificados por el país”²³. Es en este contexto en el que toman relevancia las concepciones pluralistas²⁴ que conceptualizan al Estado constitucional como un Estado de naturaleza cooperativa²⁵.

²¹ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Teoría de la constitución*, trad. de Carlos Lema Añón, Madrid, Editorial Dykinson, 2004, p.18-19.

²² Martín de la Vega, Manuel Augusto, “En torno a la teoría de la Constitución y los nuevos contextos del constitucionalismo”, en *Estudios de Deusto*, op. cit. p. 5-8.

²³ Bogdandy, Armin, “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual en derechos humanos: Elementos para una agenda de investigación” en Von Bogdandy, Armin, et al., *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, México, Max Plank Institute for Comparative Public Law and International Law/Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, Núm. 92. p.19.

²⁴ Para Bobbio el pluralismo jurídico es deudor de la teoría institucionalista, ya que “a esta última hay que reconocerle el mérito de haber ampliado el horizonte de la experiencia jurídica más allá de las fronteras del Estado. Haciendo del derecho un fenómeno social y considerando el fenómeno de la organización como criterio fundamental para distinguir una sociedad jurídica de una sociedad no jurídica, la teoría de la institución rompió el círculo cerrado de la teoría estatalista del derecho, que considera derecho solamente al estatal, que identifica el ámbito del derecho con el ámbito del Estado”. Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 3ra. ed., trad. Jorge Guerrero R., Bogotá, Editorial Temis, 2007, p.8-9.

²⁵ Peter Häberle define al Estado constitucional cooperativo como “aquel estado que de forma «activa» se ocupa de los demás Estados, se ocupa también de las demás instituciones

“Existen abundantes propuestas conceptuales para abordar esta nueva constelación. De particular importancia podemos mencionar los siguientes conceptos: multinivel, red, y unión (Verbund). Estas propuestas conceptuales forman parte del debate internacional que concibe estas nuevas constelaciones a partir del pluralismo jurídico. De Ibero y Latinoamérica emerge también una nueva doctrina orientada hacia un sistema jurídico plural en el que se entrecruzan principios, normas y regulaciones de los órdenes internacional, supranacional y estatal, categorizado bajo distintas nociones como “redes horizontales de colaboración recíproca, red de constituciones, influjos y lecturas simultáneas, normativismo supranacional, transconstitucionalismo. Incluso algunos autores latinoamericanos acuden a la figura geométrica del trapecio para ilustrar el proceso de desdibujamiento de la famosa pirámide kelseniana y aludir al fenómeno de entrelazamiento normativo. Una explicación teórica convincente sobre cómo reconstruir la pirámide kelseniana provendrá probablemente de una teoría del pluralismo jurídico, pues tiene mayores posibilidades de suministrar conceptos que ayuden a comprender cómo los juristas, los políticos y los ciudadanos se desenvuelven y actúa en este ámbito.”²⁶

El común denominador de las concepciones pluralistas consiste precisamente en no considerar a la diversidad de normas del derecho internacional público, del derecho supranacional o del derecho estatal nacional, como parte de un ordenamiento jurídico unitario, lo que implica rechazar el paradigma de jerarquía como mecanismo que define la relación entre dichos ordenamientos.²⁷ Esta situación plantea lo que Pedro Cruz Villalón, al analizar la relación entre el Derecho comunitario y los nacionales, reconoce como una pluralidad constitucional, en la medida que se trata de una constitucionalidad que viene a sumarse a otra ya existente “se abandona el terreno de las

nacionales y supranacionales, así como igualmente de los ciudadanos de sus respectivos países, ciudadanos que ya no le son en modo alguno «extraños», del mismo modo en que su apertura a todo lo relativo al medio ambiente se convierte en una «apertura al mundo»” En este contexto, sostiene el mismo autor, “es oportuno recordar que la cooperación de que hablamos se efectúa, no lo olvidemos, no sólo a nivel político, sino sobre todo jurídico, por tratarse de un momento especialmente configurador, puesto que el modelo de «Estado constitucional cooperativo» equivale a un tipo de «Derecho internacional cooperativo» respecto de los modelos desarrollados” en Häberle, Peter, *Pluralismo y Constitución, Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, trad. Emilio Mikunda-Franco, Madrid, Editorial Tecnos, 2002, p.256. El pluralismo, cuyo concepto era entendido en el constitucionalismo europeo fundamentalmente desde una dimensión política o social, se ha convertido en la realidad de Europa occidental en un pluralismo basado en el origen. En Martín de la Vega, Manuel Augusto, “En torno a la teoría de la Constitución y los nuevos contextos del constitucionalismo”, en *Estudios de Deusto*, *op. cit.* p. 23.

²⁶ Bogdandy, Armin, “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual en derechos humanos: Elementos para una agenda de investigación” en Von Bogdandy, Armin, et al., *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, *op. cit.* p. 19-20.

²⁷ *Ibid.* p.20.

organizaciones internacionales, para asumir el carácter de una organización singular”²⁸.

En razón de lo anterior, tal como lo aduce Canotilho, la teoría de la constitución presupone el estudio la teoría de la interconstitucionalidad que estudia las relaciones interconstitucionales, como las representadas en una situación de pluralismo constitucional, en donde existe “conurrencia, convergencia, yuxtaposición y conflicto de varias constituciones y de varios poderes constituyentes en el mismo espacio político”.²⁹

En las teorías pluralistas existe a su vez una concepción de las mismas de carácter dialógico, lo que nos obliga a complementar esta teoría con la concepción hermenéutica jurídica filosófica de inspiración gadameriana, que tiene como punto de partida la observación de que los diversos regímenes jurídicos e instituciones normalmente desarrollan relaciones estables, a pesar de su independencia normativa y de los posibles conflictos.³⁰ En esta concepción se coloca Bustos Gisbert cuando señala que:

²⁸ En este sentido, sostiene el autor, “de forma similar a lo que ocurre en el Estado federal, postula una relación entre Constituciones. Y es nueva porque no se asimila a las anteriores, concretamente no se asimila al modelo de la pluralidad constitucional del Estado federal. Es una constitucionalidad, desde luego, atípica, «sin precedentes». Distinta tanto por sus orígenes como por su pretensión”. Cruz Villalón, Pedro, *La constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta, 2004, p. 137-138. Para Neil Walker, el pluralismo constitucional reconoce que el orden europeo iniciado por el Tratado de Roma se ha desarrollado más allá de los postulados tradicionales del derecho internacional y ahora cuenta con sus propias dimensiones constitucionales independientes, las cuales coexisten con las de los Estados. Las relaciones entre dichos ordenes, es horizontal y “heterárquica” en contraste con vertical y jerárquica. Walker Neil, “The Idea of Constitutional Pluralisms”, en: EUI Working Paper LAW, No, 2002/1, Italia, p. 27-28 en <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/179/law02-1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Documento web), Fecha de consulta: 19 de enero de 2016.

²⁹ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Teoría de la constitución, op.cit.*, p.93. Por su parte, Augusto Martín de la Vega señala que esta interconstitucionalidad ha llevado a lo que la terminología de origen anglosajón ha terminado denominándose constitucionalismo multinivel, y ha llevado, en el ámbito de la Unión Europea, a hablar de «concertación constitucional», «pluralismo constitucional», «inclusión constitucional», «constitucionalismo dual», o «Comunidad constitucional (Verfassungsverbund)» Martín de la Vega, Manuel Augusto, “En torno a la teoría de la Constitución y los nuevos contextos del constitucionalismo”, en *Estudios de Deusto, op. cit.* p. 24

³⁰ Bogdandy, Armin, “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual en derechos humanos: Elementos para una agenda de investigación” en Von Bogdandy, Armin, et al., *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina, op. cit.* p. 21.

“las tensiones entre lugares constitucionales no se resuelven tanto con la imposición de posturas sobre otras, cuanto mediante procedimientos de diálogo conducentes a soluciones mutuamente satisfactorias para todas las instancias interpretativas (y para los textos que tales instancias acatan e interpretan) implicadas”.³¹

Partiendo de la premisa de que a partir de la RCDH el Estado mexicano intensifica (por lo menos a nivel normativo) la presencia de una situación de pluralismo constitucional, podemos reconocer la necesidad de que para su efectiva aplicación se haga necesario recurrir a las concepciones dialógicas de dicho pluralismo. En ese sentido se ha manifestado, por ejemplo, Laurence Burgogue-Larsen cuando señala que:

“... después de la importante reforma constitucional de 2011, consecuencia directa de las exigencias inherentes al control de convencionalidad. México está viviendo un momento constitucional histórico que le permite integrarse de manera óptima en el neo-constitucionalismo latino-americano marcado por una clara empatía para con el derecho internacional de los derechos humanos (...). En este contexto, la nueva cultura judicial que tiene que ponerse en marcha en el País de Teotihuacán es clara y definitivamente arraigada a la cultura dialógica (...). Aquí viene la fuerza de una lectura dialógica de las relaciones intersistémicas: la capacidad de cada actor, de cada juez (internacional y nacional) de escuchar el otro para obtener, al final, una interpretación de los derechos quizás no idénticos, pero a lo mejor *equivalentes*, asegurando, por ende, una coherencia interpretativa fundamental, tanto para la seguridad del orden jurídico, como para la protección máxima de los derechos humanos.”³²

A partir de lo anterior puede afirmarse que es en el contexto pluralista en el que se incardina el «diálogo jurisprudencial», el cual ha sido entendido por Bustos Gisbert como “un tipo de comunicación obligatoria entre tribunales porque actúan en un contexto de pluralismo constitucional”³³ y es que la convergencia de fuentes del derecho repercute en la actividad jurisdiccional, tal y

³¹ El autor hace referencia a la experiencia europea en donde existen sedes de interpretación diversas y cada una supremas respecto de sus propias tablas de derechos, que si bien no resulta idéntica sí es similar a la que actualmente se vive en el orden jurídico mexicano. Véase Bustos Gisbert, Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, op. cit. pp. 110-111.

³² Burgogue-Larsen, Laurence, *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, México, Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, Núm. 77. p. XXIII-XXIV.

³³ Bustos Gisbert, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, Tirant lo blanch, 2013, p. 176.

como lo ha indicado Ignacio de Otto al sostener que “se incluye en la categoría de fuentes del derecho aquello que proporciona al juez las normas para decidir el caso, aquello donde se encuentra la predeterminación normativa de la función judicial”³⁴, por lo que debe reconocerse que la RCDH también trajo consigo una modificación en el entendimiento de la práctica de los jueces constitucionales, y que para dar plena efectividad a dicha reforma requieren de un diálogo con la CoIDH.

Como lo sostiene Flavia Piovesán:

“Cláusulas de apertura constitucional y el principio pro ser humano inspirado en los tratados de derechos humanos componen los dos vértices –nacional e internacional– para promover el diálogo sobre los derechos humanos. En el sistema interamericano este diálogo se caracteriza por el fenómeno de “control de convencionalidad” en su forma difusa y concentrada.”³⁵

En consecuencia, tendremos igualmente que dejar a un lado la tradicional discusión teórica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt sobre quién debería ser el guardián de la constitución³⁶. Mientras que el primero consideraba que dicha facultad le debía corresponder a un tribunal constitucional, el segundo aducía que dicha función debía ser ejercida por el Presidente o Jefe del *Reich* (órgano político), ya que no es ese nuestro objeto de conocimiento.

Sin embargo, a fin de determinar el nuevo control de constitucionalidad que impera en nuestro país, sí tendremos que partir de la tradicional clasificación de modelos de control jurisdiccional de la constitución que, utilizando una metodología comparada, fueron analizados por Mauro Cappelletti mediante un análisis estructural-comparativo atendiendo al perfil subjetivo, un análisis estructural-comparativo atendiendo al perfil modal y finalmente un análisis-

³⁴ De Otto Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes.*, Barcelona, Editorial Ariel, 1987, p. 72.

³⁵ Piovesan, Flávia, “*Ius Constitutionale Commune* Latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos” en Von Bogdandy, Armin, et al., *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, op. cit. p.198

³⁶ Brie, Roberto J. *Polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional El defensor de la constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*. Madrid, Editorial Tecnos, 2009.

estructural-comparativo atendiendo al perfil de los efectos de sus pronunciamientos.³⁷ El resultado de las aportaciones de Cappelletti las explica el Lucio Pegoraro en los siguientes términos:

“Rechazando todo criterio “geográfico”, el resultado al que llegaba el ilustre estudioso era nada menos que el de yuxtaponer –conforme a los tres enfoques aplicados- el modelo estadounidense al austriaco, siendo el control preventivo “a la francesa” relegado al ámbito del control «político». De hecho, establecía básicamente las siguientes dicotomías: control difuso (americano) y concentrado (austriaco); control incidental (Estados Unidos, pero también Austria tras la renovación constitucional de 1929, seguida de la de 1975, así como Alemania e Italia) y control directo (Austria); control con eficacia declarativa (nuevamente Estados Unidos) y control con eficacia constitutiva (de nuevo Austria).”³⁸

Es en este sentido que se afirma que “los sistemas de control de constitucionalidad suelen agruparse en nuestro tiempo en dos grandes modelos (el estadounidense y el europeo)”³⁹. Mientras que el modelo europeo consiste en que el control de constitucionalidad debe ser ejercido por un órgano jurisdiccional independiente y especializado, en el modelo angloamericano la idea es que el control de constitucionalidad puede ser ejercido por cualquier órgano jurisdiccional en cualquier proceso; modelo que, con sus peculiaridades, fue aceptado por México a partir de la RCDH y la resolución al “Caso Radilla”

³⁷ Cappelletti, Mauro, “La justicia constitucional”, en *Obras*, México, Editorial Porrúa-UNAM, 2007, pp. 19-109.

³⁸ El mismo Pegoraro sostiene que el esquema propuesto por Cappelletti “basculaba sustancialmente, desde cualquier perspectiva que se analizase, sobre *dos* grandes divisiones bipolares basadas (también) en un esquema “geográfico”: Francia, y ordenamientos socialistas de una parte, con un sistema de control «político»; y el resto del mundo, con el control jurisdiccional de otra. En el seno de esta segunda categoría, Estados Unidos y otros países del *common law* (con su control difuso, incidental, declarativo) a un lado; y Austria, con control concentrado en vía principal y constitutivo, al otro. Sólo embrionariamente aparecía la sugerencia de una tercera categoría, representada por sistemas de control incidental, como Alemania o Italia. La clasificación de Cappelletti presentaba (y presenta) múltiples valores y diversas ventajas: en primer lugar, se mantenía (y se mantiene) sólidamente enclavada en la historia de las doctrinas políticas, en la evolución del pensamiento filosófico y jurídico y sobre todo constitucional, evidenciando así la importancia de los modelos en su evolución histórica. En segundo lugar, distinguía (y distingue) entre los prototipos y su recepción y adaptación, evidenciando los elementos de novedad aportados por los ordenamientos receptores. En tercer lugar tenía (y tiene) en cuenta diversos elementos a efectos clasificatorios (estructura, procedimientos, eficacia), acentuando las analogías y diferencias recíprocas. Finalmente, y como consecuencia, se prestaba (y se presta) a ser manejada, conforme evoluciona el derecho constitucional, con mayor ductilidad que otras propuestas clasificatorias.” Pegoraro, Lucio, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, México, Editorial Porrúa/ Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, No. 13, p. 88-89.

³⁹ Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, op.cit. p. 6

por parte de la SCJN.

En la línea del modelo angloamericano (o sistema difuso de control de constitucionalidad) se parte de las paradigmáticas sentencias emitidas por el juez Edward Coke en Inglaterra (Thomas Bonham's case)⁴⁰, así como la sentencia emitida por John Marshall en Estados Unidos de América (Marbury vs. Madison). Ambos jueces sostenían la importancia del control de regularidad constitucional y la obligación de todos los jueces de preferir la constitución sobre la ley.

En concordancia con la doctrina judicial antes citada, encontramos la teoría expuesta por Alexander Hamilton en El Federalista LXXVIII, donde exponía que “no hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido”⁴¹, continúa diciendo el notable defensor del gobierno constitucional que “es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad”.⁴²

Resulta evidente, en este sentido, que el modelo de control difuso parte de la concepción de la constitución como norma jurídica, con grandes promotores como Hans Kelsen, Werner Kāgi y Eduardo García de Enterría, para

⁴⁰ Coke, Edward, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianápolis, Steve Sheppard, Liberty Fund, 2003, consulta <http://oll.libertyfund.org/title/911/106343>, el 17 de noviembre de 2011. Rey Martínez, Fernando, “Una relectura del Dr. Bonham Case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la Judicial Review”, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, Núm. 81, septiembre-diciembre, 2007.

⁴¹ Hamilton, Alexander, *et al.*, *El Federalista*, 2da. ed., trad. de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de la Cultura Económica, 2001, p.332.

⁴² *Idem*. En este mismo sentido cabe resaltar las ideas del pensador francés Alexis de Tocqueville quien, para justificar el control de regularidad constitucional difuso, argumentaba que en dicho país “la Constitución está por encima tanto de los legisladores como de los simples ciudadanos. Es, pues, la primera de las leyes, por lo que ninguna ley puede modificarla. Por lo tanto, es justo que los tribunales obedezcan a la Constitución con preferencia a todas las leyes” De Tocqueville, Alexis, *La democracia en América*, 1, trad. Dolores Sánchez de Aleu, Madrid, Alianza Editorial, 2002, p. 158.

los cuales “aparece sólo como el máximo escalón jurídico positivo en el “proceso de creación del Derecho”⁴³; importante en la medida de que al ser considerado como verdadera norma jurídica resulta de aplicación directa por los jueces.

Sin embargo, en términos de una mayor racionalidad y rigurosidad científica, las caracterizaciones de la justicia constitucional deben ser relacionadas con las nuevas corrientes en las que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene gran relevancia, tal como lo afirma el Dr. Jorge Carpizo al establecer que “cada Estado, en ejercicio de su soberanía, decide la jerarquía de los mismos (...) Soberanía y derecho internacional de los derechos humanos no son conceptos antagónicos, sino deben ser armonizados en razón del valor de la persona humana y de su dignidad”⁴⁴, es decir la justicia constitucional debe ser entendida en el contexto del pluralismo constitucional.

En el estudio del «diálogo jurisprudencial» nos apoyaremos, además de las teorías pluralistas, en herramientas de la hermenéutica filosófica; entendiendo por tanto al «diálogo jurisprudencial» como un diálogo hermenéutico, para lo cual se partirá del concepto de otredad o alteridad; «otredad» es decir el otro (o los otros) porque son diferentes a mí, o a nosotros. Es la diferencia que yo tengo (o tenemos) con el otro (o con los otros); pero a la vez es concomitancia, en la cual se finca tanto la universalidad como la individualización. Por eso, de acuerdo a uno de los presupuestos de la hermenéutica filosófica, la comprensión (*verstehen*) de uno mismo precisa del otro; esto es, de la comprensión del otro⁴⁵, lo cual se logra por medio de un

⁴³ Kāgi, Werner, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*, trad. Sergio Díaz Ricci y Juan José Reyven, Madrid, Dykinson, 2005, p.77.

⁴⁴ Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917. Longevidad casi centenaria.*, 16a. ed. aumentada y actualizada, México, Editorial Porrúa, 2013, pp.561-562. Prado Maillard, José Luis, *Hacia un nuevo constitucionalismo*, op. cit, pp. 123-129.

⁴⁵ Hans Georg Gadamer establece al respecto: “El que quiere comprender no puede entregarse desde el principio al azar de sus propias opiniones previas e ignorar lo más obstinada y consecuentemente posible la opinión del texto...hasta que este finalmente ya no pueda ser ignorado y dé al traste con su supuesta comprensión. El que quiere comprender un texto tiene que estar en principio dispuesto de dejarse decir algo por él. Una conciencia formada hermenéuticamente tiene que mostrarse receptiva desde el principio para la alteridad del texto. Pero esta receptividad no presupone ni neutralidad ante las cosas ni tampoco autocancelación,

diálogo racional. Comprendiendo al otro nos comprendemos a nosotros mismos; y a la vez, comprendiéndonos a nosotros mismos, comprendemos al otro.⁴⁶

La hermenéutica es esencialmente diálogo, diálogo racional. Es significativo que en el capítulo 12 de *Verdad y método: El lenguaje como medio de la experiencia hermenéutica*, Gadamer inscribe el siguiente epígrafe de F. Schleiermacher: “Todo lo que hay que presuponer en la hermenéutica es únicamente lenguaje”. En este mismo capítulo, Gadamer plantea la tesis de que la conversación es, por antonomasia, la mejor forma del diálogo, algo que el mismo Schleiermacher también aborda cuando sostiene que ésta (la conversación) se da entre espíritus afines: “La verdadera conversación no es nunca la que uno habría querido llevar. Al contrario, en general sería más correcto decir que «entramos» en una conversación, cuando no nos «enredamos» en ella”.⁴⁷

En relación con la interpretación constitucional y más específicamente la interpretación de las normas que contienen derechos humanos, la teoría del derecho ha reconocido que la interpretación constitucional presenta peculiaridades⁴⁸ que la distinguen de la interpretación legal⁴⁹, las cuales derivan de las diferencias estructurales, de las normas constitucionales y las normas legales, en virtud del mayor grado de generalidad y abstracción que caracterizan a las primeras⁵⁰. Estas peculiaridades se ven aumentadas cuando lo que se

sino que incluye una matizada incorporación de las propias opiniones previas y prejuicios”. Véase: Gadamer Hans-Georg, *Verdad y Método*, 12a. ed., Ediciones Sígueme, Salamanca, 2007, pp. 335-336.

⁴⁶ Vázquez Esquivel, Efrén y Cienfuegos Sordo Jaime Fernando, “El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: Perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la jurisdicción interna” en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, Curitiba, vol. 61, No. 1, jan./abr. 2016, p. 28.

⁴⁷ Gadamer, G. H., *Verdad y método*, *op. cit.*, p. 461.

⁴⁸ Guastini, Ricardo, *Estudios sobre interpretación jurídica*, 9a. ed., trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Porrúa-UNAM, 2011, pp. 113-137.

⁴⁹ Al hablar de interpretación legal la entendemos en un sentido amplio que abarca cualquier texto normativo de carácter infra constitucional, como podría ser un reglamento administrativo.

⁵⁰ Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 3ra. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, Volumen III, p. 1363.

pretende interpretar son normas sobre derechos humanos.⁵¹

Una de las particularidades de las normas sobre derechos fundamentales es la relativa a su estructura, conforme a la cual se hace relevante la distinción teórico-estructural entre principios y reglas; la doctrina ha definido a estos primeros como verdaderos mandatos de optimización, es decir, normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales y existentes, lo que permite que dichos principios puedan cumplirse en diferente grado; por su parte las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no⁵², lo anterior, establecen Silva Meza y Silva García, en virtud de que responden a la “idea tradicional de norma jurídica; así, constan de un *supuesto de hecho* y de una *consecuencia jurídica*. De manera que, en caso de que se produzca el *supuesto de hecho*, debe aplicarse necesariamente la *consecuencia jurídica*”⁵³.

Derivado de las particularidades de las normas sobre derechos fundamentales y del papel que juegan éstos últimos en el Estado constitucional de derecho, se ha reconocido que, junto a los métodos tradicionales de interpretación, las normas de derechos fundamentales requieren criterios hermenéuticos que constituyan directrices encaminadas a dar plena efectividad y fuerza expansiva a los derechos fundamentales, reconocidos tanto en sede interna como por las convenciones y tratados de los que cada Estado es parte; criterios hermenéuticos dentro de los cuales se encuentra el principio *pro persona*.

A partir de lo anterior, o siguiendo esas directrices es que se determinará si los criterios emitidos por la SCJN se adecuan a las exigencias en materia de interpretación de los derechos humanos, ya que la RCDH implicó la necesidad de realizar “operaciones normativas a partir del principio *pro persona* tanto con

⁵¹ Silva Meza, Juan N. y Silva García, Fernando, *Derechos Fundamentales*, 2da. ed., Editorial Porrúa, México, 2013, p. 160.

⁵² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 67-68. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 2012, pp. 72-80.

⁵³ Silva Meza, Juan N. y Silva García, Fernando, *Derechos Fundamentales*, op. cit. p. 163.

los derechos humanos de los que México es parte como con aquellos reconocidos en la Constitución, sin establecer ninguna jerarquía entre ellos”⁵⁴, lo que constituye un presupuesto del diálogo jurisprudencial.

Igualmente, los criterios emitidos por la SCJN, también serán analizados a partir de los postulados del neoconstitucionalismo, los cuales, tal como lo explica Miguel Carbonell, pretenden explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos.

Para Paola Andrea Acosta, “son dos los fenómenos que han determinado los rasgos característicos tanto del ordenamiento interamericano como de los derechos nacionales; estos son: la humanización y el neoconstitucionalismo”, en relación con los cuales la autora sostiene que se trata de “dos procesos concomitantes que desde escenarios diferentes –nacional e internacional– confluyen a la búsqueda de un objeto común y coinciden en las herramientas para su consecución”.

“En efecto, humanización y neoconstitucionalismo coinciden en reconocer, en primer lugar, la relevancia de la dignidad humana para el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, la necesidad de proteger a los derechos humanos. En segundo lugar, ambos procesos asumen la importancia de los jueces para lograr tal salvaguarda. Finalmente, humanización y neoconstitucionalismo reconocen el papel fundamental que tiene la interacción de los ordenamientos nacionales e internacionales dado su nuevo objetivo común. Esta confluencia de objetivos y herramientas explica el

⁵⁴ Cossío, José Ramón, *Bosquejos Constitucionales II*, México, Editorial Porrúa, 2015, p.46

porqué las normas de uno y otro ordenamiento permiten su armonización”.⁵⁵

En el mismo sentido, Miguel Carbonell considera que en el paradigma neoconstitucional los jueces cobran gran relevancia, pues el ordenamiento jurídico debe estar garantizado en todas sus partes por medio de mecanismos jurisdiccionales. Del mismo modo que la Constitución del neoconstitucionalismo es una Constitución invasora, también la tarea judicial tiene que ver con muchos aspectos de la vida social. El neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial y comporta, o requiere, de algún grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observado anteriormente.⁵⁶

I.6 Diseño metodológico

Atendiendo a que el objetivo de la presente investigación se centrará en el análisis de la RCDH (i.e. los documentos del proceso legislativo), así como en la jurisprudencia emitida por la SCJN, podemos sostener que el diseño metodológico de nuestra investigación se realizará desde la perspectiva del neoconstitucionalismo y los métodos hermenéuticos, englobándose ambos caminos en la tradición de la «dogmática jurídica»⁵⁷, misma que desde una

⁵⁵ Acosta Alvarado, Paola Andrea, “El pluralismo constitucional como respuesta los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica. Comentarios a la propuesta de René Urueña”, *Revista Derecho del Estado*, No. 13, 2013, p. 351.

⁵⁶ Carbonell, Miguel, “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (ed.), *El canon neoconstitucional*, Editorial Trotta –Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2010, pp. 154-155.

⁵⁷ Para Cossío la dogmática jurídica se trata de “llevar a cabo una aplicación de las distinciones respecto de las normas jurídicas vigentes en un determinado lugar y momento y dirigidas a la regulación de ciertas conductas humanas” en Cossío Díaz, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, Fondo de la Cultura Económica – ITAM, México, 1997, pp. 60-61. Para Ferrajoli la dogmática jurídica “tiene como campo de investigación inmediato las normas vigentes dictadas por el legislador, de cuyo sentido y condición jurídicas de validez se ocupa, y sólo de manera mediata los comportamientos humanos de los que hablan las normas”. Ferrajoli Luigi *Principia iuris, Teoría del derecho y la democracia*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Editorial Trotta, 2011. Vol. I. p. 9. En su obra *Economía y Sociedad*, Max Weber sostiene que “cuando se habla de “derecho”, “orden jurídico”, “preceptos jurídicos”, debe tenerse en cuenta de un modo particularmente riguroso la distinción entre la consideración jurídica y la sociológica. La primera se pregunta lo que idealmente vale como derecho. Esto es: qué significación o, lo que es lo mismos qué *sentido normativo* lógicamente correcto debe corresponder a una formación verbal que se presenta como norma jurídica (...) La tarea de la ciencia jurídica (de un modo más preciso, la jurídico-dogmática) consiste en investigar el recto sentido de los preceptos cuyo contenido se presenta como un orden determinante de la conducta de un círculo de hombres, demarcado de alguna manera; es decir, en investigar las situaciones de hecho subsumidas en

orientación práctica, sostiene Christian Courtis, “se propone estudiar el ordenamiento jurídico, para conocerlo, transmitir ese conocimiento, operarlo, optimizarlo, mejorarlo.”⁵⁸

En relación con lo anterior, Manuel Atienza ha expuesto que la caracterización de la dogmática, desde el punto de vista de su función, consiste en “suministrar criterios para la aplicación de las normas vigentes y para la estabilización y cambio del sistema jurídico (digamos, un cambio coherente: de acuerdo con los principios del sistema).”⁵⁹

“(…) El jurista teórico ha cumplido siempre una función normativa, en el sentido de que contribuye a conformar el Derecho, por más que esa función haya permanecido muchas veces oculta por razones ideológicas. Es cierto que la dogmática describe ordenadamente un sector del ordenamiento jurídico (el Derecho civil, el penal, el administrativo…) y elabora un sistema conceptual con el que aprehender esa materia. Pero estas últimas son funciones subordinadas a la primera. Dicho de otra forma: la dogmática jurídica cumple una función eminentemente práctica, constituye una técnica – si se quiere, una técnica de segundo grado, en relación con la del juez, el abogado, etc.– y no propiamente una ciencia. Lo que la caracteriza –como a la investigación técnica– es que no trata sin más de explicar un acontecimiento, sino de explicar cómo se puede producir un determinado resultado, dadas ciertas condiciones; por ejemplo, de qué manera se puede interpretar determinado fragmento del Derecho para lograr una solución razonable a un cierto problema. Su fin no es propiamente conocer, sino obtener ciertos resultados

esos preceptos y el modo de su subsunción.” en Weber, Max, *Economía y Sociedad*, 2da.ed., México, Fondo de la Cultura Económica, 1964, p. 251.

⁵⁸ Courtis, Christian, “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática” en Courtis, Christian (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica.*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, p. 106.

⁵⁹ Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 2001.p. 258. Respecto a la llamada “dogmática jurídica argumentativa”, Núñez Vaquero explica que “Frente a los modelos de ciencia jurídica en sentido estricto, los defensores del modelo argumentativista de dogmática jurídica dirigen una crítica radical: una ciencia jurídica (en sentido estricto) o bien no es puramente descriptiva (y es por tanto ideológica) o bien está condenada a la total irrelevancia práctica. Los estudiosos del derecho tradicionalmente cumplirían, según los defensores del modelo argumentativista, una función social importante que no tiene carácter meramente descriptivo pero que no por ello resulta arbitraria o irracional, y de la que los modelos de ciencia jurídica en sentido estricto no podrían dar cuenta (...) Según los defensores del modelo argumentativista, es precisamente cuando el estudioso del derecho abandona el plano descriptivo que su trabajo se hace interesante y relevante; incluso aunque no fuera posible identificar una sola respuesta correcta. Esto no quiere decir, por supuesto, que los estudiosos del derecho deban proponer soluciones ante los casos problemáticos con base en sus propias preferencias o gustos morales.” Véase Núñez Vaquero, Álvaro, “Ciencia jurídica”, en: Fabra Zamora, José Luis y Núñez Vaquero, Álvaro (ed.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015, Vol. 1 pp. 617-618.

prácticos valiéndose de ciertos conocimientos.”⁶⁰

Precisado lo anterior, y reconociendo que una de las tareas de la dogmática jurídica es la sistematización, en primer lugar se realizará una sistematización de las normas constitucionales que representan, desde nuestra perspectiva, una modificación en la concepción de los derechos humanos, su jerarquía normativa e interpretación, y del sistema de control constitucional, que son las categorías cuya modificación conforman el llamado cambio de paradigma constitucional en el orden jurídico mexicano y que para su eficacia requieren de un dialogo jurisprudencial entre los tribunales nacionales y la ColDH, para lo cual previamente será necesario analizar las iniciativas de reforma constitucional, las exposiciones de motivos y los dictámenes de las comisiones de las Cámaras.⁶¹

Mediante el análisis del texto y los documentos legislativos podremos tener claro no sólo el resultado normativo sino “el *momentum* anímico e ideológico por el que atravesó el país, o más precisamente, su clase política”⁶², es decir, se realizará un análisis ideológico de dichas normas jurídicas, que consiste en la explicitación del contenido o de la orientación ideológica de un conjunto normativo que a su vez “está directamente relacionada con el análisis

⁶⁰ *Ibid.* pp. 258-259.

⁶¹ En su libro *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, José Ramón Cossío sostiene lo siguiente: “Si lo que dimos a llamar teoría constitucional depende de los supuestos que animan a la Constitución, cabe preguntarse por la forma de identificar tales supuestos respecto de la materia concreta de este capítulo. El modo de proceder puede llevarse a cabo si convenimos que para el establecimiento de la Constitución intervienen factores de muy diversa índole. Esta misma pluralidad hace complejo considerar a todos aquellos supuestos que subyacen a la Constitución, de manera que para los efectos de este trabajo es necesario precisar qué factores tendremos en cuenta y cómo individualizarlos. En este sentido, partiremos del hecho de que la Constitución de 1917, como toda Constitución, es la expresión de, particularmente, una pluralidad de factores políticos. Si el régimen mexicano se caracterizó, en principio, por la hegemonía de un partido político y por un exacerbado presidencialismo, resulta posible estimar el sentido de los supuestos y de las normas constitucionales a partir de las expresiones de esas formas de dominio político. Así, será factible considerar, en primer término, las iniciativas de reforma constitucionales y sus correspondientes exposiciones de motivos, los dictámenes de las comisiones de las Cámaras, los debates y los discursos de los principales actores.” Cossío Díaz, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, op. cit. p.22

⁶² En, Cossío, José Ramón, et. al. “*La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos. Estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011.*”, op. cit., pp. 5 y 6.

de los “principios” que la informan”⁶³, y que para efectos de nuestra investigación será el relacionado con la internacionalización de los derechos humanos y su efectos en el campo normativo, de interpretación de dichos derechos y del sistema de control.

Los resultados del análisis de la RCDH serán confrontados con la jurisprudencia⁶⁴ emitida por la SCJN y así poder determinar si la teoría constitucional de la SCJN, implícitamente desarrollada en sus criterios, resulta pertinente para dar plena eficacia a dicha reforma, la cual, según se demostrará, requiere para su pleno desarrollo de un «diálogo jurisprudencial» entre los tribunales nacionales y la CoIDH a través del control de convencionalidad.

Con respecto al criterio metodológico que sustenta la idea de una teoría constitucional de la SCJN implícita en sus determinaciones, seguiremos el trazado por José Ramón Cossío en su libro *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, cuyo propósito era analizar qué había dicho la SCJN en relación a derechos fundamentales, órganos representativos, Constitución y sistema de fuentes, la definición que de la Constitución daba a dicho órgano jurisdiccional y la autoasignación del papel que la Corte se había dado como garante de la Constitución.⁶⁵

⁶³ Courtis, Christian, “Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del derecho”, en Courtis, Christian (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica.*, op. cit., pp. 355-356.

⁶⁴ Sostiene De Silva Nava atendiendo al “sistema jurídico positivo mexicano, puede definirse a la jurisprudencia, como una norma o conjunto de normas jurídicas generales y abstractas de naturaleza heteroaplicativa, establecidas por órganos jurisdiccionales legalmente facultados para el efecto, ya sea mediante el establecimiento de criterios emitidos con motivo de la decisión de las controversias jurídicas sometidas a su conocimiento; mediante la determinación del criterio que debe prevalecer en el supuesto de criterios contradictorios emitidos por órganos de menor jerarquía; o mediante la modificación de los criterios establecidos con motivo de una se las señaladas contradicciones de criterios, todo ello de conformidad con los procedimientos de su creación establecidos en normas de derecho positivo.” De Silva Nava, Carlos, *La Jurisprudencia. Creación jurisdiccional del derecho*, Editorial Themis, México, 2010, p. 157.

⁶⁵ En relación con el resultado de su trabajo el autor sostiene lo siguiente: “Lo que encontré, al final del día es una cuestión que me pareció sumamente preocupante. En el período 1917-1940, lo que la Suprema Corte había hecho es interpretar de una manera aislada, bastante inconsistente, los preceptos constitucionales – salvo en algunas materias particulares-. Y algo que me parecía todavía más preocupante es que la Suprema Corte no se había formulado una gran representación de la Constitución”, Cossío, José Ramón, *Bosquejos Constitucionales II*, op. cit., p.5

A fin de establecer el sustento metodológico de su trabajo, el autor citado intenta resolver las siguientes cuestiones previas: (1) El sentido de la Teoría Constitucional, (2) El problema de identificación y (3) El problema de la personificación.

Con respecto a la primera de las cuestiones, es decir, el sentido de la Teoría Constitucional, el citado autor sostiene lo siguiente:

“Si, como sabemos, ésta [la teoría constitucional] se plasma en la resolución de controversias (arts. 103-107 const.), debemos identificar los criterios en aquellos instrumentos en los que se plasme esa actividad (...) Ahora bien, hasta donde sabemos, la Suprema Corte no ha utilizado de forma expresa y reiterada la expresión “teoría constitucional” en tales resoluciones, no podemos abordar el problema de forma directa. Por ello, debemos seguir un camino diferente e identificar todas aquellas expresiones en las que se contenga un pensamiento estructurado y continuo acerca de la Constitución. Lo que finalmente habremos de buscar son las referencias a la “naturaleza”, jerarquía, funciones, criterios de ordenación, definición, posición en el orden jurídico, relación con diversos fenómenos sociales (político, económico, social, etc.), entre otros, pues a través de su correcta identificación, ordenación y presentación, podremos determinar cuál es, a final de cuentas, la teoría constitucional de la Suprema Corte (...)”⁶⁶

Cabe destacar que el tema de la teoría constitucional será más profundamente desarrollado en el capítulo IV de la presente investigación, sin embargo, debe resaltarse que sí coincidimos con el autor cuando en una publicación posterior sostiene lo siguiente:

“Por teoría constitucional no entendí en ese libro la forma específica en la cual la Suprema Corte interpreta un determinado precepto de la Constitución. Esto no se podría calificar, a mi juicio, como teoría constitucional. Me parece que lo que califica como teoría constitucional es la visión desde la cual se articula el texto

⁶⁶ Cossío Díaz, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, op. cit. p.83. Si bien José Ramón Cossío estaba en lo correcto cuando al escribir su libro (2002) sostuvo que la Suprema Corte no ha utilizado de forma expresa y reiterada la expresión “teoría constitucional”; debe advertirse que posteriormente la Primera Sala de la SCJN utilizó en uno de sus criterios la expresión “teoría constitucional” en la tesis P. XXXVI/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXV, febrero de 2007, p. 643, Registro IUS: 173296, de rubro: FINES FISCALES Y EXTRAFISCALES, y que en la parte que nos interesa sostuvo lo siguiente: “En la teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha existido una constante en cuanto a la noción de que las contribuciones siempre tienen un fin fiscal –la recaudación– y que adicionalmente pueden tener otros de índole extrafiscal –que deben cumplir con los principios constitucionales aplicables, debiendo fundamentarse, entre otras, en las prescripciones del artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.” Cabe destacar que el Ministro Ponente en el criterio expuesto es el propio José Ramón Cossío.

constitucional y se le otorga sentido a los preceptos que la componen.

“Vale la siguiente metáfora para explicarme: si saliéramos una noche a ver un cielo estrellado, lo que veríamos sería una gran cantidad de brillantes puntos en el cielo. Sin embargo, algunas personas mucho más enteradas que nosotros, nos irían dando una unión de puntos y de ello resultaba la constelación de Orión, la Osa Mayor o cualquier otra de las denominaciones otorgadas a cierto grupo de estrellas. Creo que de lo que carecemos en el país es justamente una o varias visiones superiores que nos permitan unir puntos y leer de una manera distinta los textos constitucionales.

“Considero que tenemos que subir a un nivel mayor de abstracción, y ese nivel mayor no es la crítica puntual a las decisiones judiciales, sino lo que está subyaciendo a ellas.”⁶⁷

En lo que respecta al segundo de los problemas, es decir, al problema de la identificación, el autor lo formula en los siguientes términos: si la SCJN “es un órgano colegiado que resuelve conflictos y la determinación final de los mismos está dada en las resoluciones, ¿de dónde extraer las manifestaciones que pueden ser identificadas como teoría constitucional?”⁶⁸ Una vez analizada la posibilidad de utilizar las ejecutorias emitidas por la SCJN y reconocer el problema de que el volumen es exorbitante, el autor llega a la siguiente conclusión:

“Una forma distinta de proceder consiste en identificar únicamente aquellas tesis aisladas o de jurisprudencia en las que la Suprema Corte haya establecido su teoría constitucional. Además de las ventajas relativas al manejo del volumen, por las propias características del sistema jurisprudencial mexicano, resulta apropiado seguir esta vía. Ello es así en tanto que, por una parte, las tesis se constituyen por los extractos que, a juicio de la Corte, contienen las razones relevantes del caso que se hubiera resuelto (...)

“La segunda ventaja consiste en el sentido mismo de la obligatoriedad de la jurisprudencia, es decir, en el hecho de que la totalidad de los tribunales del país acaten el contenido de las tesis establecidas por la Corte (...)

“(...

“La tercera y última razón para utilizar la tesis de jurisprudencia como material para identificar la teoría constitucional es que las mismas han estado presentes desde la entrada en vigor de la Constitución de 1917, período al que referimos nuestra investigación (...)”⁶⁹

⁶⁷ Cossío, José Ramón, *Bosquejos Constitucionales II*, op.cit., p.6-7.

⁶⁸ Cossío Díaz, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, op. cit. p.84.

⁶⁹ *Id.*

Finalmente, el autor se plantea el problema de la identificación, el cual tiene que ver con lo que llamará la personificación de la SCJN, y que es resuelto por el autor en los siguientes términos:

“... utilizaremos dos criterios de análisis en lo que al órgano se refiere. Primero, consideraremos que la Suprema Corte es un órgano del Estado y que, por lo mismo, ha tenido continuidad a partir del 1 de mayo de 1917. Esta forma de proceder nos permitirá, a su vez, darle continuidad a la identificación de los criterios sostenidos sin necesidad de establecer diferencias como las mencionadas en el párrafo anterior. Segundo, dentro de esa continuidad, trataremos de identificar la permanencia y las rupturas de los criterios mediante los cuales la Suprema Corte haya sustentado su teoría constitucional, con el propósito de formular periodizaciones en la medida en que sea posible. Es importante destacar la relevancia de ambas soluciones a partir de nuestro propósito, pues no tratamos de hacer una historia de la Suprema Corte en cuanto a sus personajes y vicisitudes, sino exclusivamente identificar la presencia o ausencia de una idea.⁷⁰

Para efectos de nuestra investigación, si bien seguiremos el sustento metodológico diseñado por Cossío, habremos de hacer algunas modificaciones al mismo atendiendo en primer lugar a los distintos en contextos normativos en que se desenvuelven las investigaciones, como por ejemplo la “Nueva” Ley de Amparo o el Acuerdo General 20/2013 relativo a la forma de crear jurisprudencia que no se encontraba vigente en el momento en el que el autor escribió su libro. Una segunda razón para hacer ajustes en el diseño metodológico es las herramientas con que actualmente contamos para acceder a la información de las ejecutorias y discusiones del Pleno de la SCJN, así como la transparencia con la que se ha distinguido el Poder Judicial de la Federación en lo relativo a su actividad jurisdiccional.

Precisado lo anterior, comenzaremos indicando que para efectos de la presente investigación, la determinación de una teoría constitucional de la SCJN se hará a partir de los criterios jurisprudenciales emitidos por el Pleno de dicho órgano jurisdiccional en su labor jurisdiccional, es decir en la resolución de (1) controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, (2) recurso de revisión en contra de sentencias pronunciadas en la audiencia constitucional, (3) recurso de revisión en contra de sentencias que en amparo directo pronuncien

⁷⁰ *Ibid.* p. 88-89.

los tribunales colegiados de circuito y (4) denuncias de contradicción entre tesis sustentadas por las Salas de la SCJN, por el Tribunal Electoral, Plenos de Circuito de distintos Circuitos y por los tribunales colegiados de circuito.⁷¹

La investigación se realizará, en primer lugar, a partir de lo que la propia SCJN ha denominado tesis y cuya definición y componentes son determinados por el artículo 2 del Acuerdo General 20/2013:

“Artículo 2. En la elaboración de las tesis aisladas y jurisprudenciales, se deberán observar las reglas siguientes:

“A. La tesis es la expresión por escrito, en forma abstracta, de un criterio jurídico establecido al resolver un caso concreto. En consecuencia, la tesis no es un extracto, una síntesis o un resumen de la sentencia;

B. La tesis se compondrá de título, subtítulo, texto o consideraciones interpretativas, número de identificación, órgano emisor y precedente, y

C. En el subtítulo o en el texto respectivo se identificarán la o las normas generales cuya regularidad constitucional se analice, las que sean materia de

⁷¹ Artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. La Suprema Corte de Justicia conocerá funcionando en Pleno:

“I. De las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad a que se refieren las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

“II. Del recurso de revisión contra sentencias pronunciadas en la audiencia constitucional por los jueces de distrito o los tribunales unitarios de circuito, en los siguientes casos:

a) Cuando subsista en el recurso el problema de constitucionalidad de normas generales, si en la demanda de amparo se hubiese impugnado una ley federal, local, del Distrito Federal, o un tratado internacional, por estimarlos directamente violatorios de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

b) Cuando se ejercite la facultad de atracción contenida en el segundo párrafo del inciso b) de la fracción VIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para conocer de un amparo en revisión que por su interés y trascendencia así lo amerite, y

c) Cuando se trate de los casos comprendidos en las fracciones II y III del artículo 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin que baste la afirmación del quejoso sobre la existencia de un problema de esa naturaleza;

“III. Del recurso de revisión contra sentencias que en amparo directo pronuncien los tribunales colegiados de circuito, cuando habiéndose impugnado la inconstitucionalidad de una ley federal, local, del Distrito Federal o de un tratado internacional, o cuando en los conceptos de violación se haya planteado la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dichas sentencias decidan u omitan decidir sobre tales materias, debiendo limitarse en estos casos la materia del recurso a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales;

“(…)

“VIII. De las denuncias de contradicción entre tesis sustentadas por las Salas de la Suprema Corte de Justicia, por el Tribunal Electoral en los términos de los artículos 236 y 237 de esta ley, o por los Plenos de Circuito de distintos Circuitos, por los Plenos de Circuito en materia especializada de un mismo Circuito y por los tribunales colegiados de circuito con diferente especialización, cuando se trate de asuntos que por razón de la materia no sean de la competencia exclusiva de alguna de las Salas;”

interpretación o de integración, así como, de ser el caso, los artículos constitucionales y convencionales que hayan fundado la resolución.”⁷²

Cabe destacar que si bien nuestra investigación tendrá como base el contenido de las tesis de jurisprudencia; atenderemos igualmente al contenido de las ejecutorias e inclusive a las versiones taquigráficas de las discusiones del Pleno, atendiendo principalmente a la exposición que de su proyecto haga el ministro ponente, lo anterior con la finalidad de advertir lo que Rogelio López Sánchez denomina “el verdadero contexto constitucional”⁷³, en el que se emiten las decisiones.

La justificación de elegir únicamente la jurisprudencia del Pleno de la SCJN como principal unidad de análisis, es que, en términos del artículo 217 de la Ley de Amparo, se establece que la jurisprudencia que establezca el Pleno de la SCJN, será obligatoria para el resto de los órganos jurisdiccionales del país, sean federales o locales.⁷⁴ En este sentido, en su carácter de órgano de cierre, debemos analizar la jurisprudencia del Pleno, al ser ésta y por tanto su teoría constitucional, la que informará los criterios emitidos por el resto de los órganos jurisdiccionales del país.

Desde una perspectiva temporal, el período que abarcará nuestra

⁷² Acuerdo General número 20/2013, de veinticinco de noviembre de dos mil trece, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a las reglas para la elaboración, envío y publicación en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de las tesis que emiten la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Plenos de Circuito y los Tribunales Colegiados de Circuito.

⁷³ Sostiene el autor que “la jurisprudencia tiene, desde hace más de 50 años, el rango constitucional y por más de 125 años, de ser obligatoria para los Tribunales del Poder Judicial. Una de las críticas mejor formuladas por la doctrina, ha sido aquella relacionada con la metodología utilizada para reportarla, pasando de ser una simple directriz interpretativa a la creación de reglas rígidas por los operadores jurídicos, convirtiéndose en meras «abstracciones obtenidas de las sentencias», en lugar de la difusión de los hechos y argumentos específicos que se dieron en aquéllas, dejando de lado el verdadero contexto constitucional a partir del cual surgen”. Véase López Sánchez, Rogelio, “Breve referencia sobre el reporte de jurisprudencia en el Poder Judicial de la Federación” en Núñez Torres, Michael G. (coord.), *El debido proceso en el derecho constitucional procesal mexicano. A la luz de la jurisprudencia y precedentes nacionales e internacionales.*, México, Bosch, 2013, p. 33

⁷⁴ “Artículo 217. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.”

investigación serán los criterios emitidos por el Pleno de la SCJN a partir del 4 de octubre de 2011, fecha en que da inicio la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y hasta el 2016, que es el lapso de tiempo en el que dicho órgano jurisdiccional ha fijado sus criterios obligatorios en relación con los derechos humanos y su interpretación, jerarquía normativa y sistema de control de constitucionalidad y por tanto su teoría constitucional y los efectos que dicha teoría ha tenido en las decisiones de algunos tribunales del resto del país.⁷⁵

Precisado lo anterior, se procederá al análisis de la RCDH, para determinar los principios que subyacen a la misma y de esta manera poder contrastar el producto de dicha reforma con los criterios jurisprudenciales en los que se pretende desvelar el sentido de la misma.

⁷⁵ Acuerdo General número 9/2011, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por el que se determina el inicio de la décima época del Semanario Judicial de la Federación, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de septiembre de 2011. En el Considerando Primero del citado Acuerdo se establece lo siguiente: “PRIMERO. Mediante Decreto publicado el seis de junio de dos mil once en el Diario Oficial de la Federación, se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual entrará en vigor el cuatro de octubre de dos mil once; asimismo, por Decreto publicado en dicho medio oficial del diez de junio de dos mil once, que entró en vigor al día siguiente, se modificó la denominación del Capítulo I del Título Primero y se reformaron diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos; SEGUNDO. Las mencionadas reformas implican una modificación a la estructura del Poder Judicial de la Federación, así como a la competencia de los órganos que lo integran; TERCERO. La publicación en el Semanario Judicial de la Federación de la jurisprudencia y de los precedentes ha comprendido diversas épocas, cuyo inicio ha sido determinado por modificaciones fundamentales como las señaladas en el Considerando que antecede;”

CAPÍTULO II. EL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN MÉXICO A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011 Y SU IMPACTO EN EL «DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL»

En virtud de que el objeto formal de estudio de la presente investigación es el *Derecho procesal constitucional*, resulta necesario abordar el tema describiendo en primer lugar, desde la perspectiva de la *Teoría de la constitución*, el escenario que a partir del 2011 nos ofrece la CPEUM. En consecuencia, este segundo capítulo está dedicado a realizar un estudio de los antecedentes y contenido de la RCDH, ya que ésta implicó un verdadero cambio en la concepción de los derechos humanos y su interpretación, de la jerarquía normativa y del sistema de control constitucional, que constituyen el llamado cambio de paradigma constitucional en el orden jurídico mexicano.

II.1 Antecedentes y contenido de las Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformada por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011

II.1.1 Antecedentes

Con la entrada en vigor de las reformas constitucionales en materia de Derechos Humanos, así como con la discusión que se llevó a cabo en el Pleno de la SCJN al analizar el expediente “Varios 912/2010⁷⁶”, nos encontramos ante lo que un importante sector de la doctrina denomina el “nuevo paradigma constitucional”⁷⁷ en lo que respecta al control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, al pasar de un sistema mixto, donde es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Tribunales Colegiados de Circuito y los Jueces de Distrito los que ejercían ese control, a un sistema difuso de garantía

⁷⁶ Coloquialmente conocido como “Caso Radilla”.

⁷⁷ En el mismo sentido Miguel Carbonell y Pedro Salazar establecen que “... las normas reformadas delinean un nuevo paradigma en el constitucionalismo mexicano, porque, por un lado, introducen el concepto de los derechos humanos como eje central de la articulación estatal (sustituyendo la figura arcaica de las “garantías individuales”) y, por el otro, incorporan como normas de máximo rango en el ordenamiento jurídico mexicano las disposiciones en materia de derechos de origen internacional. De esta manera, imponen una nueva exigencia a los actores políticos de todos los niveles para transformar a la realidad en clave democrática y constitucional” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, “Presentación” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*. 2a. ed., México, Editorial Porrúa-UNAM, 2012, p. XI.

jurisdiccional de la Constitución.⁷⁸

Las anteriores reformas y mutaciones constitucionales a las que se hace referencia han provocado que el sistema de fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico mexicano se vea alterado para crear uno más complejo⁷⁹, planteando nuevos retos para la justicia constitucional en México, en virtud de que el nuevo sistema de control de constitucionalidad exige por parte de los órganos jurisdiccionales en todos los niveles una apertura al diálogo con otros órganos tanto nacionales como supranacionales, en aquellos casos que requieran aplicar directamente una norma convencional.

Considerando lo anterior, resulta relevante el análisis del proceso legislativo que dio como resultado la RCDH, principalmente de aquellos temas que impactan directamente en el sistema de fuentes del derecho en el orden jurídico mexicano, y que, en consecuencia, exigen de los órganos jurisdiccionales la mencionada apertura al «diálogo jurisprudencial»⁸⁰.

A reserva de lo que se dirá en apartados posteriores de la presente investigación, consideramos que existe un impacto en el sistema de fuentes del derecho cuando, derivado de las propuestas planteadas en las distintas iniciativas o dictámenes que se analizarán a continuación, se pretenda elevar a

⁷⁸ A respecto, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, al hablar de la obligatoriedad de los jueces mexicanos de ejercer un control difuso de convencionalidad, establece claramente que "...La aceptación "expresa" de este tipo de "control" por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como parte importante del cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en el caso *Radilla Pacheco*, al conocer el expediente Varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011, lo cual implicó, entre otras cuestiones, aceptar también el "control difuso de constitucionalidad", al realizar una nueva interpretación del artículo 133 constitucional a la luz del vigente artículo 1o. del mismo texto fundamental" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano" en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma.*, op. cit., p. 341.

⁷⁹ Bustos Gisbert, Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2012, Núm. 52. p.13

⁸⁰ En el mismo sentido, Jorge Ulises Carmona Tinoco comenta que "la elevación a rango constitucional de las normas de derechos humanos previstas en tratados internacionales, derivada de la reforma de junio de 2011, impacta en la interpretación judicial que se ha dado al artículo 133 constitucional." A respecto véase Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales" en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma.*, op. cit., p. 55.

rango constitucional los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales celebrados por México, ya que se les estaría dando la atribución de condicionar la creación de otras normas, aún y cuando formalmente son de su mismo rango⁸¹.

Sentado lo anterior, podemos comenzar mencionando que la reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación en junio de 2011, comienza con treinta y tres iniciativas de proyectos de modificaciones a la Constitución que los diversos grupos parlamentarios, integrantes de la LX legislatura federal, entregaron a la Cámara de Diputados⁸².

a) Iniciativa de fecha 21 de diciembre de 2006.

La primera de las iniciativas es de fecha 21 de diciembre de 2006, la cual pretende una reforma al artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece las facultades y obligaciones del Presidente de la República. Dicha iniciativa tenía como objetivo anexar a las facultades en materia de política exterior que tiene el presidente de la República, los principios normativos consistentes en la promoción y defensa de los derechos humanos y la democracia.⁸³

La justificación de lo anterior, tal como lo establece la iniciativa es la siguiente:

⁸¹ Este fenómeno es denominado por Ignacio de Otto como *normas interpuestas*, mismas que define como “normas a las que la Constitución atribuye la virtualidad de condicionar la creación de otras que, sin embargo, son de su mismo rango.” Véase De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Editorial Ariel, 1987, pp. 94-95.

⁸² Las treinta y tres iniciativas de proyectos de modificación a las que se hace referencia fueron presentadas en diversas fechas, siendo la primera de fecha 21 de noviembre de 2006 y la última de 27 de agosto de 2008. Véase: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Reforma en Materia de Derechos Humanos de 11 de junio de 2011, en: <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/PDFs/proceso%20legislativo%20derechos%20humano.s.pdf#page=3>, (Documento web), Fecha de consulta: 17 de noviembre de 2013.

⁸³ Al respecto, Jorge Carpizo comenta que tanto “internacional como constitucionalmente, se ha aceptado que el presidente, quien es el titular de las relaciones exteriores de un país, realiza una serie de actos relacionados con ellas; en México la base constitucional para ello es el texto citado de la fracción X del 89”. A respecto véase: Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, 2a. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 2002, pp.130-131.

“En ese sentido, atendiendo los valores e intereses de los mexicanos en el actual contexto internacional, caracterizado por un mundo cada vez más interdependiente, donde ningún país puede permanecer ajeno a los retos y amenazas mundiales, es que la presente iniciativa tiene por objeto adicionar a los principios normativos ya mencionados, el de la promoción y defensa de los derechos humanos y la democracia.

“En efecto, tanto los principios de política exterior como su interpretación, no pueden ni deben darse omitiendo los compromisos internacionales que nuestro país adquirió al adherirse a organismos internacionales como la propia ONU, ni al amparo de interpretaciones particulares. Por el contrario, deben fortalecer la capacidad del Estado mexicano para asumir plenamente sus compromisos, capacidades e intereses en el contexto internacional para procurar condiciones de mayor igualdad entre los estados, y donde se garanticen los derechos de todas las personas”⁸⁴

Antes de la RCDH, la doctrina ya había hecho notar, no sólo que la redacción del artículo 89 fracción X de la CPEUM resultaba polémica, sino que además, era necesaria su adaptación al contexto de la globalización; un ejemplo de dicha postura es la sostenida por José Luis Prado Maillard al señalar lo siguiente:

“Es evidente que en el contexto de la globalización la Constitución debe otorgar mayores y mejores herramientas al ejecutivo para que pueda actuar con mayor libertad. Para ello deberá adaptar la normatividad interna a la nueva Constitución, que debe procurar una adaptación de la política nacional con respecto a la política internacional, dentro del nuevo orden mundial.”⁸⁵

Aunado a lo anterior, se ha sostenido que las modificaciones a los principios normativos de política exterior no deben ser interpretadas únicamente como acciones al exterior, ya que también tienen un impacto en el interior, y más aún en el «diálogo jurisprudencial» tal como lo explica Carmona Tinoco al establecer que:

“...también tienen efectos hacia el interior; en particular en materia de derechos humanos, pues el activismo internacional va de la mano de la apertura al escrutinio y crítica desde el exterior al interior, en aras de un principio básico de congruencia; esto tendría vinculación, por ejemplo, con la necesidad de reconocer la autoridad de las decisiones de los organismos internacionales de protección de

⁸⁴ Iniciativa de diputado que reforma el artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo de la Diputado Edgar Mauricio Duck Núñez, del Grupo Parlamentario del PAN, en: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Reforma en Materia de Derechos Humanos de 11 de junio de 2011, en: *Ibid.*, (Documento web), p. 14, Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2013.

⁸⁵ Prado Maillard, José Luis, *Hacia un nuevo constitucionalismo*, op. cit, pp. 119-120.

los derechos humanos, así como de ejecutarlas en el ámbito interno en forma cabal y oportuna.”⁸⁶

Dentro de las decisiones a que hace referencia Carmona, podemos incluir las sentencias de los órganos jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos. Como se puede apreciar, dicha iniciativa busca que el Estado mexicano asuma plenamente sus obligaciones internacionales, de las cuales no pueden sustraerse los órganos jurisdiccionales nacionales, por lo que sus interpretaciones deben tomar en cuenta los compromisos derivados de los tratados internacionales y los órganos que se desprenden de éstos.

b) Iniciativa de fecha 25 de abril de 2007.

La segunda de las iniciativas, de fecha 25 de abril de 2007, pretendía impactar de manera directa tanto en el sistema de fuentes del derecho en México como en el «diálogo jurisprudencial» al proponer la reforma al artículo 15 de la CPEUM, modificación que tenía como objetivo el siguiente:

“ampliar la difusión y respeto de los derechos humanos, en este caso, reconociendo explícitamente en la Constitución el que todas las autoridades garanticen la protección de los derechos humanos según lo dispuesto en los distintos tratados internacionales suscritos en la materia”⁸⁷

Por otro lado, la iniciativa en comento también buscaba reformar los artículos 103 y 107 de la CPEUM, en el sentido de que los tribunales de la Federación se encontraban obligados a resolver las controversias en las que se reclamaran violaciones no solo a las garantías individuales contenidas en la Constitución, sino a los Derechos Humanos protegidos por los tratados internacionales⁸⁸.

⁸⁶ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, op. cit., p. 55.

⁸⁷ Iniciativa de diputada que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, a cargo de la Diputada Dora Alicia Martínez Valero, del Grupo Parlamentario del PAN, en: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Reforma en Materia de Derechos Humanos de 11 de junio de 2011, en: *Op. cit.*, (Documento web), p. 34, Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2013.

⁸⁸ *Ibid.* p. 43.

En relación con este tema, ya Sergio García Ramírez había emitido una opinión favorable al establecer que:

“También relevante mencionar la posibilidad de que se abra la vía del amparo contra violaciones a derechos humanos recogidos en instrumentos internacionales – como ocurre en otros países- suscritos y ratificados por México, con aprobación del Senado. En el pasado, esta propuesta se miró con escepticismo, acaso ya existen las condiciones, en este momento animado por la tutela de los derechos humanos, para que el juicio de garantías avance en la dirección que le permita tutelar tanto las garantías individuales que la Constitución consagra como los derechos humanos que otros instrumentos – integrados en el ordenamiento mexicano, bajo el artículo 133 constitucional- reconocen.”⁸⁹

Como se puede apreciar, la presente iniciativa es más clara en los objetivos de obligar a todas las autoridades a respetar lo dispuesto en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y particularmente a los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación al atender a las violaciones a los derechos humanos contenidos en los Tratados Internacionales lo que conlleva la obligación del diálogo con los órganos encargados de interpretar dichos instrumentos de fuente internacional.

c) Iniciativa de fecha 25 de abril de 2007⁹⁰

La iniciativa de fecha 25 de abril de 2007 pretendía afectar directamente el sistema de fuentes, lo que tiene como consecuencia la necesidad de un diálogo entre las diversas jurisdicciones, al respecto dicha iniciativa establece lo siguiente:

“...la garantía de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos debe darse a través del cauce de los Estados, por medio de su incorporación como normas constitucionales que regulen el actuar de los órganos de Estado y no sólo como normas aplicables en el ámbito interno de manera secundaria.

“En razón de lo anterior, es preciso que los tratados internacionales en materia de derechos humanos tengan aplicación eficaz y directa que les permita cumplir la

⁸⁹ García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 44-45.

⁹⁰ Iniciativa de diputada que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo de la Diputada Alliet Mariana Bautista Bravo, del Grupo Parlamentario del PRD, en: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Reforma en Materia de Derechos Humanos de 11 de junio de 2011, en: *Op. cit.*, (Documento web), p. 46, fecha de consulta: 2 de diciembre de 2013.

función para la cual fueron legislados...”⁹¹

A partir de las anteriores manifestaciones, la iniciativa en comento propone la modificación en la denominación del Capítulo I del Título Primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para denominarlo “De los Derechos Humanos y las Garantías Individuales”, así como la adición de un párrafo al artículo 1º de la CPEUM en el que se establezca la fuerza vinculante de los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos en el orden jurídico mexicano⁹².

De igual forma se reiteran las adiciones al artículo 15 de la CPEUM en cuanto a las obligaciones de las autoridades del Estado mexicano relacionadas con la protección de los derechos humanos, la adición a la fracción X, del artículo 89 de la CPEUM en materia de política exterior para incorporar los derechos humanos como principio normativo de la misma, al igual que se reiteran las modificaciones al artículo 103 del mismo cuerpo de normas respecto a la obligación de los tribunales del Poder Judicial de la Federación en relación con los tratados internacionales en materia de derechos humanos.⁹³

La novedad de la iniciativa que se comenta, en relación con las anteriormente analizadas, es que propone la incorporación de un segundo párrafo al artículo 133 constitucional que le da jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, exige su interpretación de conformidad con dichos instrumentos internacionales y siguiendo las directrices del principio *pro persona*⁹⁴.

De lo anterior se desprende que las iniciativas presentadas por los grupos parlamentarios tienen como objetivo la plena efectividad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, lo que conlleva la aplicación de los mismos de manera directa por los órganos jurisdiccionales y, en consecuencia, tal como han sido interpretados por los órganos competentes.

⁹¹ *Ibid*, p. 47

⁹² *Ibid*, p. 48

⁹³ *Ibid*, p. 49, 51 y 52

⁹⁴ *Ibid*, p. 63

d) Iniciativa de fecha 08 de noviembre de 2007⁹⁵

Una cuarta iniciativa de fecha 8 de noviembre de 2007 impacta al sistema de fuentes del derecho y a diferencia de las anteriores iniciativas, ésta última promueve de forma directa el «diálogo jurisprudencial» al buscar la reforma y adición a los artículos 1º y 133 de la CPEUM, lo cual ya se había propuesto en las anteriores iniciativas objeto de estudio, sin embargo, algunas de las cuestiones novedosas que plantea la presente iniciativa son las siguientes:

“... los tratados de derechos humanos no sólo reconocen derechos, sino que establecen garantías, es decir, instauran órganos y mecanismos internacionales de protección de esos derechos, cuando las violaciones a los mismos no son reparadas efectivamente por los recursos judiciales internos. Sin olvidar que por principio de derecho internacional sólo se puede acceder a la jurisdicción internacional una vez agotados los recursos internos, es decir, el orden internacional de los derechos humanos es complementario del orden jurídico interno.

“Es necesario también, consagrar que en materia de derechos humanos, se debe aplicar la disposición que sea más favorable para la persona, independientemente del ordenamiento en el que se encuentre consagrada. Así es indistinto si se encuentra en la ley suprema o en un tratado internacional ratificado por México, debe aplicarse aquel ordenamiento que mejor tutele los derechos humanos.”⁹⁶

Como se desprende de la transcripción anterior, la iniciativa reconoce la existencia de la jurisdicción internacional y así como la posibilidad de aplicar de manera preferente a los tratados internacionales, cuestión que impacta en el sistema de fuentes del derecho en México y en el diálogo jurisdiccional, al buscar que se tome en cuenta no sólo la disposición convencional sino la interpretación que de la misma haga el órgano encargado de su aplicación.

Lo anterior se complementa con el principio de interpretación conforme a lo que hace referencia la iniciativa en los siguientes términos:

⁹⁵ Iniciativa de diputada que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo de la Diputada Holly Matus Toledo, del Grupo Parlamentario del PRD, en: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Reforma en Materia de Derechos Humanos de 11 de junio de 2011, en: *Ibid.*, (Documento web), p. 137, fecha de consulta: 2 de diciembre de 2013.

⁹⁶ *Ibid.* p. 139

“El principio de interpretación conforme a los tratados ya es parte de muchas constituciones en Iberoamérica, por lo que de incorporarse a la Constitución mexicana vendría a garantizar de forma más efectiva los derechos humanos ante las resoluciones de los órganos jurisdiccionales internos, los cuales, en ocasiones, omiten aplicar o interpretar los derechos conforme a las disposiciones de los tratados internacionales ratificados por México.”⁹⁷

La reforma propone la constitucionalización y aplicación obligatoria por todas las autoridades del país del citado canon interpretativo, sin embargo, el mismo ya había sido utilizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ejemplifica lo anterior el criterio jurisprudencial 2a./J. 176/2010, sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que dispone lo siguiente:

“PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY CONFORME A LA CONSTITUCIÓN. La aplicación del principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exige del órgano jurisdiccional optar por aquella de la que derive un resultado acorde al Texto Supremo, en caso de que la norma secundaria sea oscura y admita dos o más entendimientos posibles. Así, el Juez constitucional, en el despliegue y ejercicio del control judicial de la ley, debe elegir, de ser posible, aquella interpretación mediante la cual sea factible preservar la constitucionalidad de la norma impugnada, a fin de garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada y constante aplicación del orden jurídico.”⁹⁸

Por su parte, otra importante novedad de la iniciativa y que, como se había mencionado anteriormente, impacta directamente en el diálogo jurisdiccional, es el relativo a la constitucionalización de la recepción de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH).

A criterio de la iniciativa existe una laguna en el texto constitucional en relación con la recepción de las sentencias de la CoIDH y de ahí que:

“...sea urgente precisar a nivel constitucional, la recepción en el orden jurídico nacional de las sentencias emitidas por los tribunales internacionales de derechos humanos a los que México les ha reconocido jurisdicción, en específico, de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...”⁹⁹

⁹⁷ *Ibid.* p. 140

⁹⁸ Tesis 2a./J. 176/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXXII, diciembre de 2010, p. 646.

⁹⁹ Iniciativa de diputada que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo de la Diputada Holly Matus Toledo, del Grupo Parlamentario del PRD, en: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Reforma en Materia de

De haberse aprobado en sus términos (de la iniciativa) se desprendería con más claridad la idea de «diálogo jurisprudencial», implícita en la reforma constitucional objeto de análisis, y se habla de una “mayor claridad” en virtud de que, como lo ha establecido Jorge Carpizo, “es obvio que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos obliga a México desde que reconoció su competencia contenciosa”,¹⁰⁰ al grado de que dicho órgano jurisdiccional ha establecido mediante su jurisprudencia la obligación, de todos los jueces de los Estados parte que han aceptado su competencia, de ejercer un “control difuso de convencionalidad”.

Lo anterior se corrobora con el texto propuesto por dicha iniciativa que estaba redactado en los siguientes términos:

“Artículo 133.- (...)”

“Los tratados relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado mexicano, tienen jerarquía constitucional cuando contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución; y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público, los cuales actuarán conforme a la interpretación que más favorezca a la efectiva vigencia de los derechos del ser humano.

“Las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son plenamente ejecutables en México, de conformidad con la ley respectiva.”¹⁰¹

Los párrafos transcritos traerían como consecuencia la plena eficacia de los tratados internacionales y de las sentencias de la CoIDH, quien funge como interprete último del Pacto de San José.

e) Iniciativa de fecha 16 de enero de 2008.

La iniciativa de fecha 16 de enero de 2008 tiene un impacto positivo en el sistema de fuentes del derecho y en el «diálogo jurisprudencial» tal como se desprende del objetivo general de la iniciativa:

Derechos Humanos de 11 de junio de 2011, en: *Op. cit.*, (Documento web), p. 142, Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2013.

¹⁰⁰ Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917. Longevidad casi centenaria.*, *op.cit.*, p. 367

¹⁰¹ *Ibid.* p. 143

“... el motivo de la presente iniciativa, que no es otro que el de profundizar en la constitucionalización de los derechos humanos y fortalecer el sistema de defensa de los mismos.”¹⁰²

Entre los objetivos específicos¹⁰³ que se plantea la iniciativa para lograr lo antes mencionado, son tres los que de manera concreta inciden en el sistema de fuentes del derecho y en el «diálogo jurisprudencial»:

- Reconocer y fundamentar los derechos humanos que se establecen en la propia ley suprema y el orden jurídico nacional e internacional.
- Ampliación del ámbito de competencia del Juicio de Amparo en materia de Derechos Humanos.
- Modificación de la pirámide jurídica nacional, en la que se otorgue supremacía a los tratados internacionales mencionados en materia de derechos humanos, respecto a los ordenamientos secundarios a nivel federal y estatal, a pesar de disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.

A diferencia de las anteriores iniciativas, la presente propuesta de reforma hace referencia a los tratados que, desde su perspectiva, son los más importantes en el orden jurídico mexicano y que deben incidir en el sistema de fuentes del derecho en México, dichos instrumentos internacionales son los siguientes:

- 1.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
- 2.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- 3.- Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José" de Costa Rica.

¹⁰² Iniciativa de diputado que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo del Diputado Adolfo Mota Hernández, del Grupo Parlamentario del PRI, en: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Reforma en Materia de Derechos Humanos de 11 de junio de 2011, en: *Ibid.*, (Documento web), p. 174, Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2013.

¹⁰³ *Ibid.* pp. 174-175.

Consideramos que dicha propuesta establecería una jerarquización entre los mismos tratados que repercutiría en el tema de la interpretación, ya que al crear derechos de primera y segunda categoría se obligaría a una revisión de criterios jerárquicos y no a una hermenéutica integradora con el criterio *pro persona*.

En lo que respecta a la ampliación de la competencia del Juicio de Amparo, la iniciativa refiere a que éste último también resolverá las controversias por violaciones a los tratados internacionales antes mencionados.

En cuanto a la modificación a la denominada “pirámide jurídica nacional” a la que hace referencia la iniciativa, que no es otra cosa que la jerarquía normativa contenida en el artículo 133 constitucional, la propuesta de reforma consiste en que el derecho internacional de los derechos humanos tenga supremacía sobre el derecho interno¹⁰⁴.

Finalmente, en relación con la propuesta de reforma al artículo 133 constitucional, la segunda parte de éste último impactaría directamente en el diálogo jurisdiccional al exigir que los jueces y demás autoridades de las entidades federativas se arreglen a lo establecido en los tratados internacionales¹⁰⁵.

f) Iniciativa de fecha 05 de febrero de 2008 ¹⁰⁶.

De forma más tímida, en lo a que nuestro tema respecta, la iniciativa de 05 de febrero de 2008 buscaba adicionar un cuarto párrafo al artículo 1º de la CPEUM, en el que se estableciera lo siguiente:

“Los derechos fundamentales son oponibles a todo acto u omisión de entes públicos y privados que lesione, restrinja, altere o amenace en cualquier media a esta Constitución y a las disposiciones legales que emanen de ella, así como a los

¹⁰⁴ *Ibid.* p. 181

¹⁰⁵ *Ibid.* p. 187

¹⁰⁶ Iniciativa de diputados que reforma el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo de la Diputada Rosa Elva Soriano Sánchez, del Grupo Parlamentario del PRD, en: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Reforma en Materia de Derechos Humanos de 11 de junio de 2011, en: *Ibid.*, (Documento web), p. 188, Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2013.

tratados internacionales celebrados en términos del artículo 133 constitucional”¹⁰⁷

Del texto anterior se desprende la eficacia de los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales y la obligación de su aplicación por los tribunales del país, lo que lleva implícita la idea del diálogo jurisdiccional.

g) Iniciativa de fecha 24 de abril de 2008.¹⁰⁸

La presente iniciativa presentada de fecha 24 de abril de 2008 por diversos grupos parlamentarios también tiene un impacto en el sistema de fuentes del derecho en México y en el diálogo jurisdiccional. Dicha iniciativa reitera muchas de las propuestas antes mencionadas, sin embargo, tiene algunos matices que es importante resaltar.

En primer lugar, se elevan a rango constitucional los tratados internacionales en materia de derechos humanos, empero, dicha constitucionalización se hace de manera muy concreta y no deja lugar a otra interpretación, tal como se desprende de la propuesta de redacción del artículo 1º establecida en los siguientes términos:

“Las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales tienen jerarquía constitucional y prevalecen sobre el derecho interno en la medida en que confieran una mayor protección a las personas en el goce y ejercicio de sus derechos humanos.”¹⁰⁹

No cabe duda que la anterior redacción tendría un impacto directo en sistema de fuentes del derecho en México, al establecer un criterio en donde se podría preferir la norma de derecho internacional.

En lo relativo al «diálogo jurisprudencial», se proponía la siguiente redacción en el artículo 17 constitucional:

¹⁰⁷ *Ibid.* p. 191

¹⁰⁸ Iniciativa de diputada que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Derechos Humanos, suscrita por Diputados de los Grupos Parlamentarios del PRD, del PRI, del PT, de Convergencia, de Alternativa y de Nueva Alianza, en: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Reforma en Materia de Derechos Humanos de 11 de junio de 2011, en: *Ibid.*, (Documento web), p. 211, Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2013.

¹⁰⁹ *Ibid.* p.221

“Las resoluciones y sentencias emitidas por los tribunales internacionales en materia de derechos humanos, cuya competencia haya sido reconocida por el Estado mexicano serán obligatorias y las autoridades administrativas, legislativas y judiciales del fuero federal, común y militar, dentro de sus respectivas competencias y según sea el caso, garantizarán su cumplimiento. La ley desarrollará los procedimientos a seguir par a la ejecución de dichas resoluciones.”¹¹⁰

En este sentido, las autoridades mexicanas, principalmente las jurisdiccionales, quedarían obligadas por la jurisprudencia internacional y en ese sentido a iniciar un diálogo con dichos órganos. De igual forma se amplía la competencia del Juicio de Amparo a aquellos casos en que exista violación a los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por México.

h) Iniciativa de fecha 24 de abril de 2008 ¹¹¹

Esta iniciativa pretendía otorgar facultades al Congreso de la Unión para hacer las modificaciones a la legislación ante la adopción de tratados internacionales, así como enviar dichos cambios a las legislaturas estatales para los cambios respectivos en la legislación local.¹¹²

La propuesta de reforma generaba un impacto en el sistema de fuentes del derecho en México al exigir de las legislaturas, tanto federal como local, un cambio del ordenamiento interno de conformidad con lo establecido en dichos acuerdos internacionales.

De igual forma se proponía la reforma al artículo 133 constitucional para establecer la obligación de los jueces en relación con los tratados internacionales ratificados por México.¹¹³ Lo cual no es necesario, ya que el sentido deóntico del mencionado artículo, tal como fue redactado desde la

¹¹⁰ *Ibid.* p.223

¹¹¹ Iniciativa de diputada que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Derechos Humanos, suscrita por Diputados de Diversos Grupos Parlamentarios , en: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Reforma en Materia de Derechos Humanos de 11 de junio de 2011, en: *Ibid.*, (Documento web), p. 238. Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2013.

¹¹² *Ibid.*, 240.

¹¹³ *Ibid.* p. 246

Constitución de 1857, lo que ordena es precisamente es un control difuso de la constitucionalidad.

i) Iniciativa de fecha 30 de abril de 2008.¹¹⁴

La iniciativa que se estudia a continuación busca de igual manera la aplicación directa de los tratados internacionales al proponer la reforma al artículo 1º de la CPEUM, de forma que se reconozcan los tratados internacionales ratificados por México tal como se desprende de la justificación expuesta en el cuerpo de dicha iniciativa, que establece lo siguiente:

“La reforma que se propone, en caso de ser aprobada, se actualizaría, ubicándose nuevamente a la vanguardia junto con la mayoría de las constituciones recientes, por cuanto quedaría contemplada de manera expresa el goce de los derechos humanos y de las garantías individuales para la protección de cada persona, y serán reconocidos por nuestra Carta Magna así como en los tratados internacionales ratificados por los Estados Unidos Mexicanos”.¹¹⁵

La reforma en comento generaría, al igual que otras antes estudiadas, un impacto en el sistema de fuentes del derecho en México al darle rango constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

j) Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos de 23 de abril de 2009 (Cámara de Diputados).¹¹⁶

Dicho dictamen, tomando en cuenta las iniciativas presentadas, propone el cambio de denominación del Capítulo I, Título Primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para pasar del concepto de “Garantías Individuales” por el de “Derechos Humanos”.¹¹⁷

¹¹⁴ Iniciativa de diputado que reforma el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo del Diputado Leonardo Magallón Arceo, del Grupo Parlamentario del PAN, en: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Reforma en Materia de Derechos Humanos de 11 de junio de 2011, en: *Ibid.*, (Documento web), p. 192, Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2013.

¹¹⁵ *Ibid.* p. 198

¹¹⁶ Gaceta Parlamentaria, Año XII, Número 2743-XVI, Palacio Legislativo de San Lázaro, jueves 23 de abril de 2009, en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2009/abr/20090423-XVI.pdf> (Documento web), Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2013.

¹¹⁷ A respecto, algunos autores como Miguel Carbonell consideran que “a nivel teórico sigue teniendo más sentido utilizar la mucho más moderna e incluso apropiada denominación de

El cambio en la denominación refuerza el sentido internacionalista de la reforma en materia de derechos humanos de 2011 y que se complementa con la propuesta de modificación del artículo 1º constitucional en el sentido de eliminar la distinción entre los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano vía los tratados internacionales.¹¹⁸

Finalmente, se establece como principio normativo de la política exterior el respeto por los derechos humanos mediante la modificación a la fracción X, del artículo 89 constitucional.

Los cambios que se mencionan son los que, desde nuestra óptica, impactan directamente en el sistema de fuentes del derecho en México al elevar a rango constitucional los tratados internacionales en materia de derechos humanos y establecerlos como principio normativo de la política exterior, lo que, tal como se ha comentado anteriormente, tiene un impacto al interior del ordenamiento jurídico.

k) Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado

“derechos fundamentales”, de igual manera el autor hace el señalamiento en el sentido de que las fronteras conceptuales de los derechos humanos son menos precisas que las que tienen los derechos fundamentales, a respecto Carbonell, Miguel, “Las obligaciones del Estado en el artículo 1o. de la Constitución Mexicana”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma.*, op. cit., p. 63. Del mismo autor *Los derechos fundamentales en México*, 5ta. ed., México, Porrúa-UNAM-CNDH, 2012, pp. 8-10. En el mismo sentido Antonio E. Pérez Luño establece que “En los usos lingüísticos jurídicos, políticos e incluso comunes de nuestro tiempo, el término «derechos humanos» aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los «derechos fundamentales». Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones, que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada. Véase Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, 10a. ed., Madrid, Tecnos, 2011, p. 42.

¹¹⁸ Gaceta Parlamentaria, Año XII, Número 2743-XVI, Palacio Legislativo de San Lázaro, jueves 23 de abril de 2009, *Op. cit.* p. 43.

de 07 de abril de 2010 (Cámara de Senadores).¹¹⁹

Como se puede apreciar, casi un año después se aprobó el dictamen relativo a la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos para su discusión en el Pleno de la Cámara de Senadores, respecto del cual es conveniente destacar que el mismo toma en consideración algunas iniciativas presentadas por los Senadores; de las cuales, para efectos del tema que nos ocupa, destacan las encaminadas a realizar las siguientes modificaciones constitucionales¹²⁰:

- Modificar la denominación del Capítulo I del Título Primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el objeto de incluir el término de “Derechos Humanos”.
- Hacer efectiva la aplicación de los derechos humanos tutelados en los tratados internacionales.
- Revisar la jerarquía constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.
- Fortalecer los mecanismos judiciales de protección de derechos humanos, ampliando la competencia en materia de juicio de amparo.
- Adecuar el marco constitucional para que los derechos humanos, reconocidos internacionalmente a través de los tratados firmados y ratificados por el Senado, cuenten con un mecanismo de control, es decir, las acciones de inconstitucionalidad.

Al igual que con el dictamen de la Cámara de Diputados, estos resultan los temas centrales para una modificación en el sistema de fuentes del derecho en

¹¹⁹ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado respecto la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos, en: http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/61/1/2010-04-08-1/assets/documentos/derechos_humanos.pdf (Documento web), Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2013.

¹²⁰ *Ibid.* p. 8-9

México y se refuerza el tema del diálogo jurisdiccional al incluir, dentro del marco de protección que tutelan las garantías jurisdiccionales, los derechos humanos de fuente internacional.

En lo que respecta al cambio de denominación del Capítulo I del Título Primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las comisiones de la Cámara de Senadores concluyeron que la misma “fortalece la connotación jurídica del término y favorece la armonía con el derecho internacional”.¹²¹

En esta tesitura el dictamen también propone la reforma al párrafo primero del artículo 1º constitucional, de tal manera que se reconozcan los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de derechos humanos.

Otro tema del dictamen que impacta en el sistema de fuentes del derecho en México es el relativo al “principio de interpretación conforme”, el cual, a juicio de las comisiones, “resulta el más adecuado para llevar a cabo una armonización del derecho doméstico con las disposiciones internacionales”.¹²²

¹²¹ *Ibid.* p. 12. Respecto a la denominación final del Capítulo I, Título Primero, Jorge Carpizo establece lo siguiente: “Como decía, el proyecto propone que el capítulo I se denomine “De los derechos humanos y sus garantías”. Lo de “sus garantías” fue una adición del Senado. La redacción de la Cámara de Diputados era mejor, porque ¿qué son garantías?: son los instrumentos procesales para defender los derechos, o, si se prefiere, son los medios de carácter procesal que la propia Constitución establece para reintegrar o reparar el derecho violado, y en dicho capítulo I no se encuentra ninguno de ellos, sino en capítulos muy posteriores, ¿o es que ese proyecto de capítulo I se está refiriendo a un concepto diferente?, ¿a las garantías individuales? Todo parece indicar que no. Carpizo Jorge agrega “¿Es acertada la probable transferencia de la función de investigación de la Suprema Corte a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos? en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma.*, op. cit., p. 315.

¹²² Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado respecto la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos, en: op. cit. p. 14. Cabe destacar que desde el gobierno del presidente Vicente Fox, diversas asociaciones civiles proponían reformas a la Constitución buscando que los tratados internacionales quedaran constitucionalizados. Véase Vázquez Esquivel, Efrén, “Los derechos humanos en el reino de la imprecisión y confusión conceptual, jurídica y política”, *Revista Las Transformaciones del Derecho, el Estado y la Política en el nuevo contexto global*. Centro de

Así mismo, el dictamen propone la reforma al artículo 15 constitucional en el sentido de establecer que no se podrán celebrar tratados internacionales en los que se alteren los derechos humanos reconocidos tanto en la CPEUM así como en otros tratados internacionales en los que México sea parte.

Como se puede apreciar del párrafo anterior, los mismos tratados internacionales en materia de derechos humanos condicionarían la validez de otros tratados internacionales, que desde un aspecto meramente formal tendrían el mismo rango jerárquico, o lo que es lo mismo, se podrá ejercer un control de convencionalidad sobre otros tratados internacionales.

De igual forma, el dictamen propone facultar a la Comisión Nacional de Derechos Humanos para interponer acciones de inconstitucionalidad por violaciones a los derechos humanos tanto de fuente constitucional como de fuente internacional.¹²³

Las anteriores propuestas de modificación impactan directamente en el sistema de fuentes del derecho en México, al condicionar la producción normativa a lo establecido en los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

I) Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos de 14 de diciembre de 2010 (Cámara de Diputados).¹²⁴

El presente dictamen hace algunas modificaciones menores a lo propuesto por la Cámara de Senadores, sin embargo cabe destacar los objetivos fundamentales de dicho dictamen:

“1. Introducir plenamente el concepto de derechos humanos a la Constitución

Investigaciones Jurídicas y Criminológicas. Facultad de Derecho y Criminología, Oficio Ediciones, México, 2010, p.110.

¹²³ *Ibid.* pp. 48-49

¹²⁴ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Derechos Humanos, con proyecto de decreto que modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos en: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Reforma en Materia de Derechos Humanos de 11 de junio de 2011, en: *Op. cit.*, (Documento web), p. 498, Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2013.

Mexicana.

“2. Garantizar la más alta jerarquía y eficacia normativa de los instrumentos internacionales de derechos humanos dentro del orden jurídico mexicano.

“3. Introducir expresamente los derechos humanos que no se encontraban reconocidos en la Constitución.

“4. Incorporar el principio de *interpretación* de los derechos humanos de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales.

“5. Fortalecer la protección de los derechos humanos reconocidos por la Constitución a la luz del derecho internacional.

“6. Reforzar las garantías y los mecanismos de protección de los derechos humanos.

“7. Establecer una clara definición de cómo y en qué circunstancias se puede declarar la restricción o suspensión de derechos humanos y cuáles deben permanecer sin tocar.

“8. Incorporar la enseñanza de los derechos humanos en la educación, su respeto en el sistema penitenciario y su orientación en la política exterior.

“9. Fortalecer a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en sus facultades de investigación de violaciones graves.

“10. Obligar a los servidores públicos a que justifiquen su negativa a aceptar las recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos o el incumplimiento de las mismas.

“11. Brindar garantías a los extranjeros contra su expulsión arbitraria.”¹²⁵

Con respecto a la transcripción anterior, dentro de los primeros seis objetivos que propone el dictamen, encontramos aquellos que impactan en el sistema de fuentes del derecho en México y, en consecuencia, en el diálogo jurisdiccional, lo que se desprende de la intención de elevar a rango constitucional los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y de lograr su plena eficacia.

m) Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado

¹²⁵ *Ibid.* p. 519-520.

de 08 de marzo de 2011 (Cámara de Senadores).¹²⁶

El dictamen al que se hace referencia coincide con la propuesta enviada por la Cámara de Diputados, excepto en el contenido de algunos párrafos del artículo 102 constitucional, a respecto el jurista Jorge Carpizo ha comentado lo siguiente:

“El 8 de marzo de 2011 el Senado aprobó el “paquete de reformas”; aceptó las modificaciones que la Cámara de Diputados había introducido, menos la relativa a las atribuciones de investigación conferidas al Consejo Consultivo de la CNDH, y regresó a su propuesta original: que esa función realmente sea responsabilidad del presidente de la Comisión Nacional.”¹²⁷

n) Proyecto de Resolución de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Derechos Humanos con proyecto de acuerdo relativo a la minuta del Senado con proyecto de decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos.¹²⁸

El presente proyecto estableció de manera definitiva los preceptos a modificar, para efectos de nuestro tema son importantes las reformas a los artículos 1º, 15, 89 fracción X y 105 fracción II, inciso g) de la CPEUM, y toda vez que de dichos artículos se desprende la modificación al sistema de fuentes del derecho en México y, en consecuencia, repercuten en el diálogo jurisdiccional.

¹²⁶ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, que contiene proyecto de decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Gaceta del Senado, Segundo Periodo Ordinario, Segundo Año de Ejercicio, LXI Legislatura, Martes 8 de marzo de 2011, Gaceta 223, en: <http://www.senado.gob.mx/?ver=sp&mn=2&sm=2&id=28832> (Documento web), Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2013.

¹²⁷ Sobre las críticas a la decisión tomada por el Senado véase a Carpizo Jorge, “¿Es acertada la probable transferencia de la función de investigación de la Suprema Corte a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos? en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma.*, op. cit., p. 334.

¹²⁸ Proyecto de resolución de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Derechos Humanos con proyecto de acuerdo relativo a la minuta del Senado con proyecto de decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Derechos Humanos en: en: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Reforma en Materia de Derechos Humanos de 11 de junio de 2011, en: *Op. cit.*, (Documento web), p. 622, Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2013.

Las modificaciones son las siguientes:

“Título Primero

“Capítulo I De los Derechos Humanos y sus Garantías

“Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

A reserva de lo que se dirá en el capítulo correspondiente, la redacción final del artículo 1º constitucional resulta central para nuestro tema en virtud de que del mismo se desprenden las modificaciones al sistema de fuentes del derecho en México, al reconocer rango constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos celebrados por el Estado Mexicano.

Por otro lado, con la constitucionalización del principio *pro persona* y la “interpretación conforme” se establecen obligaciones de todas las autoridades, incluidos a los órganos jurisdiccionales de respeto a los derechos humanos tanto de fuente constitucional como de fuente internacional.

“Artículo 15. No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

De la redacción final del artículo 15 constitucional podemos desprender la posibilidad de ejercer un control de convencionalidad respecto de otros tratados

internacionales, ya que, tal como lo establece dicho precepto: no se podrán celebrar tratados o convenios que alteren los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que México sea parte.¹²⁹

Para Carmona Tinoco, la redacción tiene un problema de autorreferencia, ya que se debió haber aclarado que los tratados a los que se refiere la última parte del texto son los relativos a los derechos humanos, al respecto el autor establece lo siguiente:

“...la redacción propuesta no salva la autorreferencia, en particular en la parte en que señala que la celebración de tratados no podrá contravenir a los tratados ya ratificados.

“Convenía haber hecho la aclaración de que los tratados internacionales a que hace referencia la última parte del precepto modificado son los de derechos humanos, de forma que el precepto haría sentido al poder someter la celebración de nuevos tratados a los derechos humanos, de forma tal que el control de los mismos se lleve a cabo frente a derechos humanos de fuente constitucional e internacional”

No compartimos la postura anterior que parte de la premisa de que los derechos humanos únicamente pueden encontrarse en los tratados internacionales de la materia, en realidad un derecho humano puede ser deducido incluso, por la vía de la interpretación, de un tratado internacional en materia comercial.¹³⁰

En ese sentido consideramos que el poder reformador de la Constitución hizo lo correcto en no limitar los alcances de la redacción a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sino extenderlo a todos los

¹²⁹ Respecto la expresión “alterar” que establece el artículo 15 constitucional, el constitucionalista Miguel Carbonell explica que la misma “debe ser correctamente interpretada en el sentido de que lo que está prohibiendo el texto de la carta magna es la alteración *in pejus* de los derechos, es decir, la alteración restrictiva o limitadora. Desde luego, los tratados internacionales que alteren los derechos establecidos en la Constitución para el efecto de ampliarlos no solamente están permitidos por el texto constitucional, sino que las autoridades están especialmente obligadas a firmarlos y ratificarlos” en: Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 5a. ed. México, Porrúa-UNAM-CNDH, 2012, p.689.

¹³⁰ La postura del autor se hace desde una perspectiva del positivismo decimonónico, para el cual cualquier texto carece de horizonte, y el derecho se constriñe a una interpretación literal o letrística.

derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales.

“Artículo 89. (...)”

“I. a IX. (...)”

“X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales;

“XI. a XX. (...)”

La modificación a la fracción X del artículo 89 constitucional introduce como principio normativo que debe guiar la política exterior del país el “respeto, la protección y promoción de los derechos humanos”.

Saltalamacchia Ziccardi y Covarrubias Velasco, con respecto a la reforma a las facultades del presidente en materia de política exterior, han establecido lo siguiente:

“...se consagra jurídicamente la idea de que tales derechos son un componente esencial de la identidad política que México desea proyectar al resto del mundo. El asunto no es menor: la modificación del artículo 89 constitucional se basa en la premisa de que los derechos humanos encarnan valores que son comunes a todos los mexicanos y, por ende, eleva su protección y promoción en el sistema internacional a una política de Estado que, como tal, responde al interés nacional por encima de las diferencias programáticas de los gobiernos en turno”.¹³¹

La referida adición resulta de gran importancia y constituye “el resultado de un largo proceso de transformación política y social mediante el cual la preocupación por la protección de los derechos humanos se incorporó en la agenda pública mexicana.”.¹³²

¹³¹ Saltalamacchia Ziccardi, Natalia y Covarrubias Velasco, Ana, “La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos. Antecedentes históricos”. en: Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, op. cit. pp. 1-2.

¹³² *Ibid.* p. 2.

“Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre:

“a - k) (...)

(...)

(...)

“II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

“a - f) (...)

“g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

La modificación al presente precepto constitucional establece un llamado control abstracto de convencionalidad, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se estaría pronunciando sobre la compatibilidad de toda norma de carácter general con los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales.¹³³

El artículo sujeto a análisis legitima activamente a la Comisión Nacional de Derechos Humanos para interponer la acción de inconstitucionalidad en contra de normas generales que violenten derechos humanos, reconocidos por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

¹³³ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma.*, Op. cit., p. 56

A respecto, Carmona Tinoco comenta lo siguiente:

“Para algunos dicha posibilidad estaba implícitamente contemplada en la fracción e inciso en comento, mientras que, para otros, si el texto constitucional no lo señalaba expresamente, sólo podía por vía de tales acciones revisarse la regularidad de toda norma general única y exclusivamente frente al texto constitucional. La Suprema Corte de Justicia de la Nación se inclinó por la segunda opción, cercenando con ellos la posibilidad de desarrollar un control de convencionalidad abstracto, en beneficio de la eficacia de los derechos humanos de fuente internacional”.¹³⁴

Sin embargo, lo que hace la reforma es dejar plenamente claro el tema de la legitimidad de la CNDH y el de la competencia de la SCJN para realizar este tipo de control abstracto de convencionalidad.

Establecido lo anterior y en contraste con el texto vigente hasta antes de la RCDH, dichos preceptos exigen de las autoridades mexicanas, incluidos los órganos jurisdiccionales, una apertura al derecho internacional de los derechos humanos y un respeto por los mismos.

Con respecto a lo anterior, es importante precisar tal como lo ha hecho Jorge Carpizo, que el artículo 1º constitucional, reformado en 2011, explicitó lo que la Constitución ya establecía¹³⁵, por lo que de forma tajante el renombrado jurista mexicano estableció con razón lo siguiente:

“Dicha reforma vino a decir lo que la Constitución ya decía y, como en otras ocasiones su significado cabal es: ahora sí se va a aplicar la Constitución como siempre debió de haberse hecho. Ésta es una peculiaridad del derecho constitucional mexicano, y por cierto no es para sentirse orgulloso de ella.”¹³⁶

Una vez realizados algunos comentarios con respecto a los antecedentes de la RCDH que impactan en el sistema de fuentes del derecho en México, procedemos a hacer un breve recorrido por el proceso legislativo que le dio luz a esa reforma.

II.1.2 Proceso legislativo

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917. Longevidad casi centenaria*, op. cit., p. 566

¹³⁶ *Ibid.* pp. 566-567

El proceso legislativo que dio como resultado la reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación en junio de 2011 y que como se hizo referencia en el apartado anterior, comienza con treinta y tres iniciativas de proyectos de modificaciones a la Constitución que los diversos grupos parlamentarios integrantes de la LX legislatura Federal entregaron a la Cámara de Diputados.

Respecto de dichas iniciativas, en fecha 23 de abril de 2009, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos presentaron para consideración del Pleno de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, el Dictamen con proyecto de decreto que reforma diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,¹³⁷ el cual proponía modificación de cinco artículos¹³⁸ de la CPEUM, incluido el cambio de denominación del Capítulo I del Texto Supremo para pasar del concepto de “Garantías Individuales” por el de “Derechos Humanos”

El mismo 23 de abril de 2009, el pleno de la Cámara de Diputados aprobó dicho dictamen y fue enviado a la Cámara de Senadores. En esta última Cámara, tres de sus comisiones¹³⁹ examinaron la minuta de su colegisladora, realizaron modificaciones al decreto de ésta e incorporaron reformas a otros seis artículos¹⁴⁰ constitucionales. Dicho dictamen fue aprobado por el Pleno de la

¹³⁷ Gaceta Parlamentaria, Año XII, Número 2743-XVI, Palacio Legislativo de San Lázaro, jueves 23 de abril de 2009, en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2009/abr/20090423-XVI.pdf> (Documento web), Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2013.

¹³⁸ El dictamen con proyecto de decreto proponía la reforma de los artículos 1º, 11, 33, 89 fracción X y 102 apartado B, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Véase *Ibid.* p. 48.

¹³⁹ La tres comisiones del Cámara de Senadores a las que se hace referencia son las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, véase Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado respecto la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos, en: http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/61/1/2010-04-08-1/assets/documentos/derechos_humanos.pdf (Documento web), Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2013.

¹⁴⁰ El proyecto de decreto proponía la reforma de la denominación del Capítulo I Título Primero; el primer párrafo del artículo 1º; el segundo párrafo del artículo 3º; el primer párrafo del artículo 11; el artículo 15; el segundo párrafo del artículo 18; el primer párrafo del artículo 29; el primer

Cámara de Senadores el 8 de abril de 2010, y fue enviado a la Cámara de Diputados.

El 13 de abril de 2010, la Presidencia de la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados turnó la minuta a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Derechos Humanos, para su dictamen. El 21 de abril de 2010 dichas Comisiones sostuvieron una reunión con diversas agrupaciones promotoras de derechos humanos para recibir sus opiniones sobre la minuta.¹⁴¹

El 19 de octubre de 2010, se acordó la integración de un grupo plural de legisladores, uno por cada grupo parlamentario representado en las comisiones y los presidentes de éstas. De igual forma este grupo acordó buscar acercamiento con los senadores de las comisiones dictaminadoras para conocer sus opiniones, logrando consenso en un dictamen del 13 de diciembre de 2010.

El 15 de diciembre de 2010 el dictamen fue aprobado por el Pleno de la Cámara de Diputados y remitido a la Cámara de Senadores, misma que, en sesión ordinaria de la Cámara de Senadores del 1º de febrero de 2011, la Mesa Directiva turnó la minuta referida a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, para su estudio y dictamen.¹⁴²

párrafo del artículo 33, la fracción X del artículo 89; el segundo párrafo del artículo 97; el segundo y tercer párrafos del apartado B del artículo 102, y el inciso g) de la fracción II del artículo 105; así mismo se proponía la adición de dos nuevos párrafos segundo y tercero, al artículo 1º, se recorriéndose los actuales en su orden; un nuevo párrafo segundo al artículo 11; los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto al artículo 29, un nuevo párrafo segundo al artículo 33, recorriéndose el actual en su orden; y los nuevos párrafos quinto, octavo, décimo primero y duodécimo del artículo 102, apartado B, recorriéndose los actuales en su orden, todos ellos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Véase *Ibid* p. 52

¹⁴¹ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Derechos Humanos, con proyecto de decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos. Gaceta Parlamentaria, Año XIV, Número 3162-IV, Palacio Legislativo de San Lázaro, miércoles 15 de diciembre de 2010 en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/> (Documento web) Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2013.

¹⁴² Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, el que contiene proyecto de decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Gaceta del Senado, Segundo Periodo Ordinario, Segundo Año de Ejercicio, LXI Legislatura, Martes 8 de marzo de 2011, Gaceta 223,

El 8 de marzo de 2011, el Senado de la República aprobó el dictamen coincidiendo con la Cámara de Diputados, menos en el contenido de algunos párrafos del artículo 102 constitucional, enviándolo de nuevo a la Cámara de Diputados para los efectos constitucionales correspondientes.

El 23 de marzo de 2011, se publica en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados el Proyecto de Resolución de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Derechos Humanos con proyecto de acuerdo relativo a la minuta del Senado con proyecto de decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos.¹⁴³

De la discusión de dicho proyecto, el 23 de marzo de 2011 el pleno de la Cámara de Diputados, llegó a los siguientes acuerdos:

“Primero. Con fundamento en lo dispuesto por los artículos 72, fracción E y 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, manifiesta su acuerdo para que la Cámara de Senadores, como Cámara revisora remita a las legislaturas de los Estados, sólo lo que ha sido aprobado por ambas Cámaras, es decir: La reforma a la denominación del Capítulo I del Título Primero; el primero y quinto párrafos del artículo 10; el segundo párrafo del artículo 30; el primer párrafo del artículo 11; el artículo 15; el segundo párrafo del artículo 18, el primer párrafo del artículo 29; el primer párrafo del artículo 33, la fracción X del artículo 89; el segundo párrafo del artículo 97; el segundo y tercer párrafos del apartado B del artículo 102, y el inciso g) de la fracción II del artículo 105; asimismo la adición de dos nuevos párrafos segundo y tercero al artículo 10, recorriéndose los actuales en su orden; un nuevo párrafo segundo al artículo 11; los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto al artículo 29; un nuevo párrafo segundo al artículo 33, recorriéndose el actual en su orden; y los nuevos párrafos quinto, octavo y décimo primero, recorriéndose los actuales en su orden al artículo 102, del apartado B, y nueve artículos transitorios con excepción del segundo párrafo del artículo octavo transitorio, a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Derechos Humanos.

en: <http://www.senado.gob.mx/?ver=sp&mn=2&sm=2&id=28832> (Documento web), Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2013.

¹⁴³ Proyecto de Resolución de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Derechos Humanos con proyecto de acuerdo relativo a la minuta del Senado con proyecto de decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos. Gaceta Parlamentaria, Año XIV, Número 3226-VII, Palacio Legislativo de San Lázaro, miércoles 23 de marzo de 2011 en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/> (Documento web) Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2013.

Segundo. Comuníquese a la Cámara de Senadores.”¹⁴⁴

El 1° de junio de 2011 se realizó el conteo de los votos de los congresos estatales, siendo aprobatorios los de los estados de Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Guerrero, México, Michoacán, Nayarit, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz, Yucatán y Zacatecas, al Proyecto de Decreto que modifica la denominación del capítulo I, del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mientras que el Estado de Guanajuato votó en contra de la reforma.¹⁴⁵

Esa misma fecha se declaró aprobada la Reforma en materia de Derechos Humanos, para su posterior publicación en el Diario Oficial de la Federación, misma que se llevaría a cabo el día 10 de junio de 2011.

Como se puede apreciar, la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos constituyó una operación política ambiciosa que transitó por un largo camino, en el cual también tuvo que superar la resistencia de múltiples actores.¹⁴⁶

Una vez realizado este examen de los antecedentes formales y sustanciales de la reforma en comento y sus repercusiones en el sistema de fuentes del derecho en México, procedemos al análisis del expediente “Varios 912/2010” también conocido como “Caso Radilla” a través de la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación modifica sustancialmente el sistema de control de constitucionalidad en México.

¹⁴⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Reforma en Materia de Derechos Humanos de 11 de junio de 2011, en: <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/PDFs/proceso%20legislativo%20derechos%20humano s.pdf#page=3>, (Documento web), p. 638, Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2013.

¹⁴⁵ Siendo un total de 21 votos aprobatorios y uno en contra. *Ibid.* p. 641

¹⁴⁶ Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, “Presentación” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, op. cit. p. X.

II.2 El Caso Radilla como hito para el cambio en el sistema de control de constitucionalidad en México

II.2.1 Antecedentes

Por no ser materia de la presente investigación, consideramos innecesario profundizar en todas y cada una de las implicaciones en el orden jurídico mexicano que tuvo el caso de la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, razón por la cual nos limitaremos al estudio de todas aquellas que tuvieron un impacto en el sistema de fuentes del derecho en México y de control de constitucionalidad mexicano.¹⁴⁷

Considerando lo anterior, desarrollaremos de manera breve el curso procesal que siguió el caso del señor Rosendo Radilla hasta la emisión de la sentencia de 23 de noviembre de 2009 por parte de la CoIDH, y el posterior cumplimiento de dicha sentencia por parte del Poder Judicial de la Federación en México, a través del expediente Varios 912/2010.

El 25 de agosto de 1974, en el estado de Guerrero, el autobús en el que viajaban el señor Rosendo Radilla Pacheco y su hijo Rosendo Radilla Martínez fue detenido en un retén militar en el que se llevó a cabo una inspección. Más adelante, el autobús fue detenido en un segundo retén, en el que los agentes militares solicitaron a los pasajeros descender del autobús para revisar su interior; posteriormente, se indicó a los pasajeros que abordaran el transporte, excepto el señor Rosendo Radilla Pacheco, quien fue detenido.¹⁴⁸

En el año de 1992 la familia del señor Rosendo presenta la primera denuncia penal ante el Agente del Ministerio Público Federal en el Estado de Guerrero, por la desaparición forzada del señor Radilla Pacheco y en contra de quien resultara responsable. El Ministerio Público llevó a cabo diversas actuaciones y se presentaron diversas denuncias que originaron nuevas averiguaciones previas. Dichas denuncias fueron enviadas a reserva por falta de

¹⁴⁷ Para un estudio detallado del “Caso Radilla” véase: Cossío Díaz, José Ramón *et. al.*, *El Caso Radilla. Estudio y documentos.*, México, Editorial Porrúa, 2012.

¹⁴⁸ *Ibid.* pp. 6-7.

indicios para la determinación de los probables responsables.¹⁴⁹

El 20 de octubre de 2000, se presentó una nueva denuncia penal por el mismo delito (desaparición forzada) ante el Ministerio Público del Fuero Federal, Delegación Estatal Guerrero, y se abrió la Averiguación Previa 268/CH3/2000, de la cual resultó la consignación del General Francisco Quirós Hermosillo, en agosto de 2005, como probable responsable de la comisión del delito de privación ilegal de la libertad en su modalidad de plagio o secuestro, en perjuicio del señor Radilla Pacheco. Dicha consignación se hizo ante el Juez Segundo de Distrito en el Estado de Guerrero, el que declinó su competencia en razón del fuero a favor del Juzgado Militar correspondiente. El Juez Primero Militar adscrito a la Primera Región Militar aceptó la competencia y ordenó que se abriera el expediente 1513/2005.¹⁵⁰

Contra la declinación de competencia por parte del Juez Segundo de Distrito se presentó demanda de amparo, la cual fue desechada de plano por el Juzgado Sexto de Distrito en el Estado. En contra de esta determinación, se interpuso recurso de revisión el cual se resolvió por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Vigésimo Primer Circuito mismo que considero que el Juez Militar era el competente para conocer la causa. El 29 de noviembre de 2006 el Juez Primero Militar adscrito a la Primera Región Militar dictó un auto de sobreseimiento por extinción de la acción penal por la muerte del imputado. Finalmente, en 2007 se inició la averiguación previa SIEDF/CGI/454/2007 ante la Procuraduría General de la Republica, en relación con la presunta desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco.¹⁵¹

Por su parte, el 15 de noviembre de 2001, la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, y la Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos y Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos en México, presentaron una denuncia contra el Estado mexicano ante

¹⁴⁹ *Ibid.* p. 7.

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ *Ibid.* p.7-8

la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). El 12 de octubre de 2005 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó el Informe de Admisibilidad 65/05 en relación con la denuncia presentada desde el 15 de noviembre de 2001. El 15 de marzo de 2008, la CIDH sometió el caso a la CoIDH, la cual, previos los trámites procesales, dictó la sentencia respectiva el 23 de noviembre de 2009, misma que le fue notificada al Estado mexicano el 15 de diciembre de 2009.¹⁵²

La sentencia referida constituye un factor determinante en los cambios al sistema de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano¹⁵³, razón por la cual en el siguiente párrafo procederemos a realizar un estudio más detallado de la misma.

II.2.2 Sentencia de la CoIDH en el Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos

La sentencia de fecha 23 de noviembre de 2009 dictada por la CoIDH en el Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, previo análisis del fondo del asunto, establece en el párrafo 339 del capítulo, relativo a las reparaciones, lo siguiente:

“339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe

¹⁵² *Ibid.* p.8

¹⁵³ Como lo establece Juan Carlos Hitters “es dable poner de resalto la incidencia que *progresivamente* ha tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la legislación interna, a tal punto que poco a poco y por su influencia se han ido modificando diversas instituciones locales...” Véase Hitters, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa/Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2008, Julio-Diciembre, núm. 10. p.131.

tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹⁵⁴

El “control de convencionalidad” ex officio, a que se hace referencia en el párrafo transcrito, tiene sus orígenes, como término, en una serie de votos del juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez.¹⁵⁵ Sin embargo, no es hasta el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile¹⁵⁶ que el Pleno de la CoIDH sienta las líneas fundamentales del control de convencionalidad que deben realizar los jueces nacionales,¹⁵⁷ mismas que se reproducen en el párrafo 339 de la sentencia objeto de estudio. Para Laurence Burgorgue-Larsen permitirles que planteen ellos mismos la cuestión de convencionalidad de las normas internas es claramente una manera de dirigirse de nuevo a los jueces internos para que se vuelvan los aliados objetivos de la propia CoIDH¹⁵⁸.

En el tema que nos ocupa, la sentencia establece la necesidad por parte de

¹⁵⁴ Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párr. 339.

¹⁵⁵ Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala de 25 de noviembre de 2003, párr. 27 y Caso Tibi vs. Ecuador, de 7 de septiembre de 2004. Cabe mencionar que en dichos votos razonados se utiliza por primera vez la expresión “control de convencionalidad” refiriéndose al control concentrado de convencionalidad, es decir, aquel que es competencia exclusiva de la CoIDH.

¹⁵⁶ Caso Almonacid Arellano vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párrs. 123-125. No obstante lo anterior, un sector de la doctrina considera que, de dicha sentencia, lo que pide a los jueces “no es en realidad un control de convencionalidad, sino que cumplan con sus obligaciones, lo cual se traduce en aplicar las disposiciones de los tratados interamericanos, en *interpretar derechos y libertades de conformidad con los tratados*, esto es, en interpretar las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos velando que se respete lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para que lo ahí dispuesto no se vea mermado por la aplicación de leyes contrarias al objeto y fin de ese y todos los tratados interamericanos”, lo anterior en virtud de que el control de convencionalidad como tal solo puede ser llevado a cabo por la CoIDH, a respecto véase Castilla, Karlos, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 599 y ss.

¹⁵⁷ Sagües, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en Von Bogdandy, Armin *et. al.* (coords.) *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-UNAM, 2011, p. 382-383.

¹⁵⁸ Burgorgue-Larsen, Laurence, *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, *op. cit.*, p. 56.

los tribunales del Estado mexicano¹⁵⁹, dentro del ámbito de sus competencias, de realizar un control de convencionalidad¹⁶⁰ de las normas de derecho interno. Dicho control difuso de convencionalidad consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la CoIDH, único órgano jurisdiccional del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, que interpreta de manera “última” y “definitiva” el Pacto de San José.¹⁶¹

En palabras de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, el control difuso de convencionalidad a que se refiere la CoIDH en la sentencia de 23 de noviembre de 2009:

“Se trata de un estándar “mínimo” creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el *corpus iuris* interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, [...], las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también formen parte del “bloque

¹⁵⁹ La sentencia del Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos constituye la primera de las cuatro sentencias condenatorias al Estado mexicano (2009-2010), donde expresamente refieren a este “deber” por parte de los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, para ejercerlo. Las otras tres sentencias son las relativas al Caso Fernández Ortega y otros vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de agosto de 2010, serie C, núm. 215, párr. 234; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2010, serie C, núm. 216, párr. 219; y caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, párr. 225. En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma.*, Op. cit., p. 342-343.

¹⁶⁰ A juicio del Claudio Nash “la figura del control de convencionalidad (con dicha denominación) es de reciente desarrollo en la dogmática de los derechos fundamentales y el constitucionalismo, con un incipiente tratamiento en la jurisprudencia de las Cortes nacionales. Su aparición en el escenario jurídico está estrechamente relacionada con las obligaciones que impone la Convención Americana de Derechos Humanos y el desarrollo progresivo de los estándares de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Lo anterior, con una clara inspiración en la figura del control de constitucionalidad ampliamente desarrollado en el ámbito interno de los Estados y en el concepto de “control internacional”. Véase Nash, Claudio, *Control de convencionalidad de la dogmática a la implementación*, México, Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, Núm. 81. p.189

¹⁶¹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma.*, Op. cit., p. 340

de constitucionalidad/convencionalidad” otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales.”¹⁶²

Establecido lo anterior, debemos precisar que la intensidad en el ejercicio del control de convencionalidad es variable, y tanto la jurisprudencia de la CoIDH como la doctrina han establecido una tipología que nos servirá en el desarrollo de la investigación, tal como se apreciará cuando se analice la recepción por parte de la SCJN de la sentencia aquí estudiada.

En primer lugar, debemos tomar en cuenta que existen dos manifestaciones o niveles del “control de convencionalidad”: una de carácter concentrado¹⁶³ y otra de carácter difuso. En el caso del sistema interamericano de derecho humanos, el primero de ellos corresponde a la CoIDH, mientras que el ejercicio del segundo corresponde, como ya se había adelantado, a los jueces y órganos de administración de justicia nacionales o domésticos de los Estados que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han aceptado la jurisdicción de la CoIDH.

Sentado lo anterior, también se deben considerar los posibles efectos o resultados del ejercicio del control de convencionalidad, siguiendo a Néstor Pedro Sagües los podemos dividir en “represivos o destructivos” y “positivos o constructivos”. El primero de ellos consiste en que en aquellos casos donde la norma doméstica opuesta al pacto, o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es inconvencional o anticonvencional y tiene un resultado de mínima: no se aplica al caso bajo examen, se descarta o resulta inválida para el

¹⁶² Id.

¹⁶³ Para Sergio García Ramírez el control concentrado de convencionalidad consiste en el control propio, original o externo de convencionalidad, mismo que “recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquéllos y éstas –bajo el imperio del Derecho internacional de los derechos humanos–, y resolver la contienda a través de la sentencia declarativa y condenatoria que, en su caso, corresponda. En definitiva, ese control incumbe, original y oficialmente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.” En García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad” en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer MacGregor, Eduardo (coords.) *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencia. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Editorial Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 271

mismo. El segundo efecto, es decir el “positivo o constructivo”, exige que los jueces apliquen y hagan funcionar el derecho local de acuerdo con las reglas del Pacto de San José de Costa Rica y, según también, la jurisprudencia de la ColDH. Justificándose las relecturas adaptativas del derecho nacional, de tipo adecuado o *conforme*.¹⁶⁴

En cuanto a los efectos represivos del control de convencionalidad, debemos agregar, tal como lo hace Nogueira Alcalá, que en aquellos casos donde el órgano que realiza el control de convencionalidad tenga además la competencia anulatoria o derogatoria de normas contrarias a la Constitución, si es que el parámetro de control de constitucionalidad integra los derechos convencionales, dicho órgano jurisdiccional debe expulsar la norma interna inconvencional en todas las hipótesis de aplicación posibles.¹⁶⁵

Por su parte, cuando hablamos de un control difuso de convencionalidad, la intensidad del mismo debe graduarse tomando en cuenta al marco de competencias y de las regulaciones procesales a las que están sometidos los órganos encargados de la administración de justicia. En este tema resulta relevante el “voto razonado” del Juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México de 26 de noviembre de 2010 donde se establece lo siguiente:

“35. En efecto, la precisión de la doctrina relativa a que los jueces deben realizar “de oficio” el control de convencionalidad “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”, no puede interpretarse como limitante para ejercer el “control difuso de

¹⁶⁴ Sagües, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en Von Bogdandy, Armin *et. al.* (coords.) *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un *ius Constitutionale Commune* en América Latina*, *op. cit.* pp. 384-385. Del mismo autor “De la Constitución nacional a la Constitución “convencionalizada” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2015, Núm. 24, Julio-Diciembre, pp. 135-136.

¹⁶⁵ Nogueira Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *Corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”, en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.) *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencia. Una visión desde América Latina y Europa*, México, *op. cit.*, pp. 380-381.

convencionalidad”, sino como una manera de “graduar” la intensidad del mismo. Esto es así, debido a que este tipo de control no implica necesariamente optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la nacional, sino implica además y en primer lugar, tratar de armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una “interpretación convencional” de la norma nacional.”¹⁶⁶

En este sentido podemos establecer, de conformidad con el voto citado, que de manera general existen los siguientes grados de intensidad: i) el grado de mayor intensidad del control de convencionalidad que realizan aquellos tribunales dentro de cuyas facultades se encuentra la declaración de invalidez con efectos *erga omnes* de las normas internas por ser contrarias a sus respectivas constituciones; ii) En un segundo plano tenemos a los sistemas que aceptan un control difuso de constitucionalidad donde de igual forma los jueces nacionales podrán inaplicar aquellas normas que consideren contrarias a la CADH; iii) En un tercer plano tenemos aquéllos sistemas donde no se permite el control difuso de constitucionalidad y, en consecuencia, no todos los jueces tienen la facultad de aplicar una norma jurídica al caso concreto. En este último caso corresponde al juez nacional efectuar una “interpretación convencional” de dicha norma, es decir, efectuar una “interpretación conforme” a la CADH y de la jurisprudencia de la CoIDH; y iv) En un cuarto plano, podemos encontrar a los sistemas donde el juez se encuentra impedido para realizar cualquier clase de operación arriba mencionada, por lo que en ese caso deberá elevar una “cuestión de convencionalidad” al órgano con la competencia para ejercer el control requerido.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México de 26 de noviembre de 2006, párr. 35. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf (fecha de consulta 8 de abril de 2014)

¹⁶⁷ Voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México de 26 de noviembre de 2006, párr. 36-39. En: *Id.* (fecha de consulta 8 de abril de 2014). En el mismo sentido Néstor Pedro Sagües establece que cuando la CoIDH hace referencia al ejercicio del control de convencionalidad se debe realizar teniendo en cuenta los presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia, debe entenderse, “en una primera aproximación, como que reserva el aludido test de convencionalidad a los jueces que practican el control de constitucionalidad, y siempre dentro de los cánones y moldes rituarios nacionales pertinentes(...) Paralelamente, cabe alertar que para realizar el control de convencionalidad “constructivo” o “positivo”, todo juez está autorizado (y obligado, añadimos), para ello, ya que en tal hipótesis no va a declarar inconvencional a ninguna norma, es decir, no

Las anteriores manifestaciones nos revelan que un tribunal supranacional, como lo es la CoIDH, no puede imponer un sistema específico de control de la normatividad interna, mucho menos puede imponer un cambio en el sistema de fuentes del derecho de un determinado Estado,¹⁶⁸ sin embargo, en la experiencia del Estado Mexicano lo que ocurre con la recepción de la sentencia emitida por dicho órgano, en el llamado Caso Radilla, es que la misma se da en el marco de la RCDH analizada anteriormente, la cual transforma el orden jurídico nacional en el *caldo de cultivo*¹⁶⁹ idóneo para establecer un control

va a invalidarla, sino que solamente va a hacer funcionar e interpretar a un precepto del derecho interno según el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...” Véase Sagües, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en Von Bogdandy, Armin *et. al.* (coords.) *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un *ius Constitutionale Commune* en América Latina*, *op. cit.* p. 387.

¹⁶⁸ Ferrer Mac-Gregor considera que “en realidad lo que implica dicho “control” es la obligación de todos los jueces nacionales (como parte del Estado) de ejercerlo, de oficio, dentro del ámbito de sus respectivas competencias y regulaciones procesales. La Corte IDH no puede (ni lo ha pretendido), convertirse en un órgano que “defina” o “imponga” los sistemas de control constitucional que cada país adopta, como resultado de sus propia cultura, realidad y contexto histórico.” Véase “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” en *Ibid.* p.343. En sentido contrario, Néstor Pedro Sagües considera que “la doctrina jurisdiccional del control de convencionalidad “desde abajo” es decidida e impuesta por la Corte Interamericana, y de *modo directo*, a los jueces nacionales, vale decir, sin intermediarios que deban trasplantarla al ámbito de cada una de las naciones adheridas al Pacto de San José de Costa Rica, hecho que perfila a la Corte Interamericana como órgano *supranacional*. Véase Sagües, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en *Ibid.* p. 384. Para Laurence Burgorgue-Larsen la referencia furtiva que hace la CoIDH a «las competencias y reglas procesales» no es nada despreciable. “En efecto, cada juez deberá adaptarse a las características de su ordenamiento jurídico i.e. con el puesto que ocupan los tratados internacionales de protección de los derechos humanos en la jerarquía de las fuentes, a la existencia de un control concentrado o, al contrario, difuso de constitucionalidad, etc.” Burgorgue-Larsen, Laurence, *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, *op. cit.*, p. 56.

¹⁶⁹ El término es utilizado por el Profesor Lucio Pegoraro para explicar la utilidad que representa tener “sólidos conocimientos de Derecho Comparado para comprender las afinidades y las diferencias; para evitar transposiciones ineficaces o, aún peor, negativas; para comprender si el caldo de cultivo del ordenamiento que recibe una normativa extranjera es fecundo o estéril”. Véase Pegoraro, Lucio, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, *op.cit.*, pp. 14-15. Sobre la aplicación de la terminología propia del comparatista italiano en el contexto de la incorporación del control difuso de convencionalidad en el orden jurídico mexicano seguimos a Michael Núñez Torres quien establece que “a pesar de que Pegoraro considera que la utilidad de los estudios de Derecho Público Comparado se evidencia mejor en la actividad legislativa, también resulta incuestionable que la teoría constitucional puede conseguir una mejor comprensión de las instituciones jurídicas y políticas con base en los datos que pudiera obtener a través del método comparado” Véase Núñez Torres, Michael, “La pertinencia del Derecho Público Comparado dentro de la teoría constitucional del

difuso de convencionalidad de una cierta intensidad y al mismo tiempo replantearnos la posición en el sistema de fuentes de los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales.¹⁷⁰

En la misma línea de ideas podemos considerar que la fertilidad del ordenamiento jurídico mexicano para la recepción del control difuso de convencionalidad se compone de diversos elementos, tal como lo establece Ferrer Mac Gregor en los siguientes términos:

“La “obligatoriedad” en nuestro país de este nuevo “control difuso de convencionalidad” se debe: i) a las cuatro sentencias condenatorias al Estado mexicano (2009-2010), donde expresamente refieren a este “deber” por parte de todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, para ejercerlo; ii) a lo dispuesto en los artículo 1o. (obligación de respetar los derechos), 2o. (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y 29 (normas de interpretación más favorables) de la CADH, vigente en nuestro país desde el 24 de marzo de 1981; iii) a lo dispuesto en los artículos 26 (*pacta sunt servanda*) y 27 (no invocación del derecho interno como incumplimiento del tratado) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980; iv) a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, vigente desde el 11 de junio de 2011, particularmente a los nuevos contenidos normativos previsto en el artículo 1o. constitucional, y v) a la aceptación “expresa” de este tipo de “control” por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como parte importante del cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en el caso *Radilla Pacheco*, al conocer del expediente Varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011, lo cual implicó, entre otras cuestiones, aceptar también el “control difuso de constitucionalidad”, al realizar una nueva interpretación del artículo 133 constitucional a la luz del vigente artículo 1o. del mismo texto fundamental”.¹⁷¹

De la anterior transcripción se desprenden tanto los fundamentos¹⁷² del

institucionalismo jurídico” en Núñez Torres, Michael G. y Enríquez Fuentes, Gastón J. (coords.), *Isotimia, Revista Internacional de Teoría Política y Jurídica*, México, FACDyC/EGAP/Porrúa, 2011 núm. 4, pp. 102-103.

¹⁷⁰ Tal como lo ha planteado Víctor Bazán, “como sucede con diversas cuestiones propias del derecho internacional, las posibilidades de éxito de la tesis del “control de convencionalidad” están cifradas en el grado de receptividad de la misma en los derechos internos, la labor de los respectivos operadores jurídicos involucrados y la voluntad política de los Estados.”. Véase Bazán, Víctor, “Control de convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicas y protección de los derechos humanos” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa/Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2012, Julio-Diciembre, núm. 18. p.45

¹⁷¹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma.*, op. cit., pp. 341-342

¹⁷² La doctrina es discrepante respecto al fundamento jurídico u orígenes del control de convencionalidad, por un lado, Néstor Pedro Sagües consideran que dicho control “es una

control difuso de convencionalidad, como las causas que obligaron al Estado mexicano a pronunciarse respecto al mismo ya que, como se había anticipado, la intensidad en el ejercicio de dicho control no puede ser impuesta por la jurisdicción internacional sino adecuarse al ordenamiento jurídico receptor.

Considerando lo anterior, debemos proceder al estudio del cumplimiento por parte SCJN de la sentencia aquí analizada, específicamente en su párrafo 339, que conforme al marco constitucional vigente a partir de 2011 provee los elementos suficientes para la modificación del sistema de control de constitucionalidad en México.

II.2.3 Consulta a Trámite 489/2010

La incorporación por parte de la SCJN¹⁷³ de la sentencia de la CoIDH,

creación jurisprudencial, producto por ende de un activismo tribunalicio. La Corte Interamericana lo funda básicamente en dos, o si se prefiere desdoblar uno de ellos, en tres argumentos: (i) el principio de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, por parte de los Estados (quienes se han comprometido a cumplir el Pacto de San José y a obedecer las sentencias de la Corte), combinado con (ii) el principio del efecto útil de los convenios, cuya eficacia no puede ser mermada por normas o prácticas de los Estados; y (iii), el principio internacionalista que impide alegar el derecho interno para eximirse de aquellos deberes, a tenor del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados... En rigor de verdad, la obligación de los jueces locales de inaplicar el derecho domestico opuesto al Pacto, o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, no emerge de ningún artículo del mismo.” Véase Sagües, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en Von Bogdandy, Armin *et. al.* (coords.) *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un lus Constitutionale Commune en América Latina*, *op. cit.* pp. 383 y 384. En el mismo sentido véase Fuentes Torrijo, Ximena, “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja desapareja.” en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes__Spanish_.pdf (Fecha de consulta: 3 de abril de 2014). Por su parte, Sergio García Ramírez establece que “habida cuenta de la vinculación de los Estados a la CADH, en tanto partes del convenio, y en seguida a la competencia contenciosa de la Corte (relación, esta última, que no es indispensable para los fines del control que estamos analizando), es preciso destacar los deberes a cargo de los Estados en función de aquel instrumento –otros, de orden internacional, recogen obligaciones del mismo carácter- que se deducen de los artículos 1 y 2 CADH: en primer término, respeto y garantía, ya mencionados; en segundo, como manifestación de éstos, deber de adoptar medidas de múltiples naturaleza para asegurar ese respeto y proveer esa garantía” en García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad” en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer MacGregor, Eduardo (coords.), *op. cit.*, p.291.

¹⁷³ Como lo establece José Ramón Cossío Díaz, “la primera gran consecuencia de la sentencia “Radilla 2” fue el reconocimiento expreso por parte de la SCJN a la obligatoriedad de las resoluciones dictadas por la CoIDH respecto del Estado mexicano, el Poder Judicial de la Federación y la propia Suprema Corte. Es verdad que con anterioridad y de manera genérica el primero de esos sujetos había sido condenado por la CoIDH. Sin embargo, es hasta el caso “Radilla 1” que los dos sujetos mencionados en último lugar recibieron condenas específicas” en

estudiada en el apartado anterior, comienza con el oficio UPDDH/911/3156/2010¹⁷⁴ de 24 de mayo de 2010 emitido por el Director de la Unidad para la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación, recibido por el Máximo Tribunal de México el 25 de mayo del mismo año, razón por la cual el entonces ministro Presidente de la SCJN, Guillermo Ortiz Mayagoitia, abrió el expediente de Consulta a Trámite 489/2010 a efecto de que el Tribunal Pleno determinara el trámite que debía darse al asunto y si se generaba alguna obligación para a cargo del Poder Judicial de la Federación.

El oficio por el cual se pone a la consideración del Pleno de la SCJN el trámite que deberá corresponder, a fin de atender lo señalado en la sentencia emitida por la CoLDH en el caso Radilla Pacheco, hacía expresa referencia a lo establecido en el párrafo 339 de dicha sentencia en los términos que a continuación se transcriben:

“Además se debe señalar que en el texto de la sentencia se establecen otras medidas que pueden ser observadas por el Poder Judicial aunque no se establecen como medida de reparación obligatoria, siento estas las siguientes:

- a) Garantizar el acceso al expediente a las víctimas como requisito básico de la intervención procesal;
- b) No invocar la reserva para impedir el acceso al expediente a la víctima en causas penales;
- c) Expedir copias del expediente a las víctimas, y
- d) Ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de

Cossio Díaz, José Ramón, “Primeras implicaciones del Caso Radilla”, en *Revista Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 26, enero-junio de 2012, pp. 33-34, en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/26/ard/ard2.pdf> (fecha de consulta: 5 de abril de 2014).

¹⁷⁴ Cfr. oficio UPDDH/911/3156/2010 dirigido al Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su calidad de representante de dicho órgano jurisdiccional donde se establecía en el párrafo tercero lo siguiente: “Como es de su conocimiento, dentro de los resolutivos, la sentencia establece obligaciones al Estado mexicano relativas a programas y cursos permanentes sobre análisis y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y sobre formación en la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas” en Cossio Díaz, José Ramón *et. al.*, *El Caso Radilla. Estudio y documentos*, *op. cit.* p. 429.

las regulaciones procesales correspondientes.”¹⁷⁵

El expediente en comento se turnó a la ponencia del ministro José Ramón Cossío Díaz, cuya propuesta de proyecto establecía los siguientes puntos resolutivos:

“Por lo expuesto y fundado se resuelve:

“**PRIMERO.** Es procedente la consulta a trámite promovida por el Ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia, Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“**SEGUNDO.** El Poder Judicial de la Federación debe atender la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco, de conformidad a lo establecido en los considerandos segundo y tercero de esta sentencia.

“**TERCERO.** El Presidente de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá dictar un acuerdo en el que ordene que se lleve a cabo lo señalado en el considerando cuarto de ésta resolución.

“Notifíquese.”¹⁷⁶

El proyecto objeto de análisis, no obstante su desechamiento por el Pleno de la SCJN, contiene consideraciones de suma importancia para el objeto de nuestra investigación ya que, al haberse presentado antes de la RCDH, las conclusiones a las que se arriba en el tema del “control de convencionalidad” son más restrictivas en comparación con las consideraciones que posteriormente se emiten en el Expediente Varios 912/2010, mismo que será analizado en el apartado inmediato siguiente.

De forma general los temas principales que se trataron en dicho punto del

¹⁷⁵ Resulta relevante mencionar que no obstante lo específico del oficio UPDDH/911/3156/2010 respecto a las obligaciones derivadas de los resolutivos de la sentencia de la CoIDH, el ministro presidente de la SCJN, en su consulta a trámite no pasa desapercibido que de las consideraciones de la sentencia de 23 de noviembre de 2009 también se desprendían algunas otras medidas que pueden ser observadas por el Poder Judicial de la Federación. Así mismo del cuerpo de dicha consulta se desprende que “... al ser la primera vez que un tribunal internacional vincula de manera directa al Poder Judicial de la Federación, el tema que se nos presenta en mi consideración es de tal trascendencia que amerita el análisis que se propone. Para que sea este Tribunal Pleno quien finalmente decida la posición y acciones a desarrollar”. *Cfr.* Consulta a trámite de fecha 25 de mayo de 2010 dirigida a los integrantes del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por el Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia en *ibid.* pp. 432-433.

¹⁷⁶ Proyecto de la Consulta a Trámite en el expediente Varios 489/2010, Presentado por el Ministro José Ramón Cossío Díaz, en: *Ibid.* p. 461.

proyecto son: “si una sentencia internacional es o no vinculante para la SCJN; en segundo lugar, si la sentencia *Radilla* tiene o no eficacia directa y debe ser cumplida o no por los jueces nacionales sin mediación o coordinación con el Poder Ejecutivo y el Legislativo a esos efectos.”¹⁷⁷

Respecto a los temas mencionados, Silva García considera que el debate entre los ministros que integraban el Pleno de la SCJN dejó ver las siguientes posturas:

“Sobre la primera cuestión dejaron entrever tres posiciones en el Pleno: (i) quiénes opinan que las sentencias y la jurisprudencia internacional no vincula a la SCJN (ministros Aguirre Anguiano y Gudiño Pelayo); (ii) Quiénes opinan que las sentencias internacionales condenatorias contra México sí son vinculantes para la SCJN, pero que la jurisprudencia regional derivada de asuntos contra diversos Estados miembros no es obligatoria para aquélla (ministro Cossío Díaz); (iii) quiénes opinan que tanto las sentencias condenatorias contra México, como toda la jurisprudencia de la CoIDH, tiene eficacia directa para la SCJN, los jueces nacionales y todos los poderes públicos dentro del Estado (ministro Silva Meza). Con respecto al segundo tema se establecieron dos posiciones (i) quiénes opinan que las sentencias internacionales obligan al Estado, lo que no implica que se deriven deberes de cumplimiento inmediatos para los jueces nacionales (ministros Aguirre Anguiano, Aguilar Morales y Valls Hernández); y (ii) quiénes opinan que las sentencias internacionales condenatorias si pueden generar obligaciones que los jueces nacionales deben cumplir directamente sin mediación alguna.”¹⁷⁸

En cuanto al objeto del proyecto en estudio, en su Considerando Segundo se delimitan los alcances de la consulta en el sentido de que al analizar la sentencia del caso *Radilla Pacheco* no se exige hacer un pronunciamiento sobre la jerarquía de los tratados el orden jurídico mexicano. Establece que se trata de determinar “la manera en que el Poder Judicial de la Federación, como componente del Estado mexicano, debe atender las obligaciones internacionales asumidas por el Estado al convertirse en signatario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...así como determinar si esas obligaciones son

¹⁷⁷ Silva García Fernando, “El impacto normativo de las sentencias internacionales sobre derechos humanos: su evolución en el orden jurídico mexicano”, en Corzo Sosa, Edgar, *et. al.* (Coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo blanch, 2013, p.451.

¹⁷⁸ *Ibid.* pp. 451-452.

exigibles y en qué medida los son.”¹⁷⁹

En primer lugar se determina la sujeción por parte del Estado mexicano al cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que adquirió al adherirse a la CADH, así como con las sentencias que emita la CoIDH, al haber reconocido la competencia contenciosa de ésta.¹⁸⁰

En este tema, como nos recuerda Felipe González Morales¹⁸¹, la CoIDH ha establecido el criterio de que no obstante que la CADH establece, en carácter de facultativo, el reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte, más no contempla la posibilidad de retirar posteriormente dicho reconocimiento. De esta forma y en palabras de la misma CoIDH, “la aceptación de la competencia de la Corte constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62.1¹⁸² de la Convención Americana”, continua diciendo, “en la circunstancias del presente caso, la única vía de que dispone el Estado para desvincularse del sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte, según la Convención Americana, es la denuncia del tratado como un todo.”¹⁸³

¹⁷⁹ Considerando Segundo, Cuestiones Previas del Proyecto de la Consulta a Trámite en el expediente Varios 489/2010, Presentado por el Ministro José Ramón Cossío Díaz, en Cossío Díaz, José Ramón *et. al.*, *El Caso Radilla. Estudio y documentos*, *op. cit.* pp. 436-437. De igual forma el Proyecto resalta que lo único que no le es exigible al Estado mexicano en el sistema interamericano de derechos humanos hasta la fecha en que se elabora dicho proyecto es todo aquello que deriva de las reservas formuladas por el Estado mexicano y que consiste en: 1. Reconocer el derecho de voto activo a los ministros de culto religioso; 2. Reconocer el derecho de asociación con fines políticos a los ministros de culto religioso; 3. Presentarse a un procedimiento ante la Corte Interamericana y en su caso, cumplir con la sentencia que ésta estima si el asunto deriva de hechos relacionados con la aplicación del artículo 33 de la CPEUM; y 4. Cumplir con una sentencia de la Corte Interamericana que determine violaciones a la Convención Americana por hechos y actos ocurridos con anterioridad al reconocimiento de su competencia, salvo los casos de violaciones continuas o permanentes.

¹⁸⁰ Considerando Segundo, apartado 1. del Proyecto de la Consulta a Trámite en el expediente Varios 489/2010, Presentado por el ministro José Ramón Cossío Díaz, en *Ibid.* pp. 437-441.

¹⁸¹ González Morales, Felipe, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Transformaciones y desafíos*, Valencia, Tirant lo blanch, 2013, p. 153.

¹⁸² Artículo 62.1: Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

¹⁸³ Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, Competencia, sentencia de 24 de septiembre de 1999, serie C, núm. 54, párr. 36 y 40.

De igual forma el juez Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado a la resolución de la CoIDH de 20 de marzo de 2013 en el Caso Gelman vs. Uruguay ha establecido los fundamentos de la eficacia vinculante de los pronunciamientos de dicho órgano jurisdiccional en los siguientes términos:

“22. De conformidad con los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el fallo de la Corte IDH será “definitivo” e “inapelable” y los Estados Partes en la Convención se comprometen a “cumplir la decisión” en todo caso en que sean partes. Estos dispositivos convencionales constituyen el fundamento principal en el marco del Pacto de San José para otorgar a las sentencias del Tribunal Interamericano su carácter “firme” y “con eficacia vinculante” en sus términos, por lo que no procede ningún medio de impugnación y, en consecuencia, no pueden ser revisadas en el ámbito nacional por ninguna autoridad.

23. La “eficacia vinculante” de las sentencias se corrobora, además, con el Artículo 68.2 del propio Pacto de San José, al señalar que la indemnización compensatoria “podrá ejecutarse en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”. Y también del Artículo 65, *in fine*, de la misma Convención, que señala la posibilidad de la Corte IDH de someter a la consideración de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, dentro de su informe anual las recomendaciones pertinentes cuando “un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”. Es decir, en todo caso existe la obligación de los Estados de cumplir con el fallo internacional de manera directa, pronta, íntegra y efectiva, siendo la propia Convención Americana la que establece garantías para lograr su cumplimiento; en primer término, la posibilidad de que la Corte IDH supervise dicho cumplimiento derivada de su facultad jurisdiccional y, eventualmente, prevé la posibilidad del propio Tribunal Interamericano para someter a una instancia política el incumplimiento; sin que ello signifique que la Corte IDH deje de conocer de la supervisión de cumplimiento respectivo, por lo que “podrá seguir requiriendo al Estado que presente información relativa al cumplimiento de la Sentencia respectiva cuando lo considere pertinente”.¹⁸⁴

En este sentido, el proyecto reconoce la autoridad de cosa juzgada internacional y sus efectos *inter partes*, que consiste en la obligación del Estado de cumplir con todo lo establecido en la sentencia interamericana.

El siguiente tema en estudio fue el relativo al alcance de las sentencias de la CoIDH¹⁸⁵, por lo que concierne a cada uno de los órganos del Estado mexicano, donde se determinó en la consulta lo siguiente:

¹⁸⁴ Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Gelman vs. Uruguay de 20 de marzo de 2013, párr. 22 y 23.

¹⁸⁵ Considerando Segundo, apartado 2. del Proyecto de la Consulta a Trámite en el expediente Varios 489/2010, Presentado por el ministro José Ramón Cossío Díaz, en Cossío Díaz, José Ramón *et. al.*, *El Caso Radilla. Estudio y documentos*, *op. cit.* pp. 441-443.

“las sentencias que emita la Corte Interamericana también deben ser cumplidas por cualquiera de los órganos del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial Federal, y los poderes de los Estados) si se les vincula, al ser las sentencias compromisos que derivan directamente del ser parte del tratado. Como ya se ha señalado, no es posible seccionar internacionalmente al Estado y estimar obligados ante la Corte Interamericana sólo uno o algunos de sus órganos, pensar que la representación del Estado en el juicio no repercute sobre el Estado en su conjunto o suponer que las actuaciones de algunos de ellos quedan fuera del control de convencionalidad desplegado por la Corte Interamericana.”¹⁸⁶

Las conclusiones a las que arriba el proyecto parten de la idea de que “las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las obligaciones contenidas en los tratados regionales sobre derechos humanos se proyectan en dos planos distintos, el internacional y el nacional.”.¹⁸⁷ Como consecuencia de lo anterior, las sentencias de la CoIDH tendrán a su vez efectos tanto a nivel internacional como a nivel nacional.¹⁸⁸

La anterior visión puede apreciarse en el proyecto materia de estudio al establecer que “la responsabilidad internacional del Estado puede derivar de actos u omisiones de cualquiera de sus órganos y poderes –pues las obligaciones las adquirieron y asumieron todos-, todos ellos se pueden encontrar vinculados a cumplir con una sentencia de la Corte Interamericana.”.¹⁸⁹ De esta forma si la CoIDH estima que para garantizar al individuo el goce del derecho que le fue violado puede disponer de medidas reparadoras y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada, y cualquiera de los poderes del Estado, ya sean federales o locales, pueden ser vinculados a su cumplimiento -aunque internacionalmente sea considerado un solo Estado-.¹⁹⁰

En ese sentido Silva García y Ferrer Mac-Gregor han considerado que “la

¹⁸⁶ *Ibid.* p. 442.

¹⁸⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2011, p. 39.

¹⁸⁸ En el ámbito internacional sus efectos se dan por ejemplo en la responsabilidad internacional del Estado y en el ámbito interno en los casos de beneficio a la víctima, en *Id.*

¹⁸⁹ Considerando Segundo, apartado 2. del Proyecto de la Consulta a Trámite en el expediente Varios 489/2010, Presentado por el ministro José Ramón Cossío Díaz, en Cossío Díaz, José Ramón *et. al.*, *El Caso Radilla. Estudio y documentos*, *op. cit.* p. 442.

¹⁹⁰ *Id.*

incorporación de tratados regionales sobre derechos humanos al Derecho interno podría concebirse como puente de una obligación genérica del Estado (responsabilidad internacional) a una obligación individualizada a cargo de los poderes públicos concretos, competentes...”;¹⁹¹ siendo estas dos, las dimensiones en que se proyectan las sentencias de la CoIDH.

Lo anterior implica que una vez realizada la notificación de la sentencia interamericana a las partes produce eficacia vinculante y directa hacia las mismas y por lo tanto, en caso de que se trate de una sentencia estimatoria de condena a un Estado, todos los poderes, órganos y autoridades del Estado condenado deberán cumplir con la sentencia, sin necesidad de procedimiento o interpretación nacional para ello.¹⁹²

Establecido lo anterior, el proyecto realiza un estudio de las obligaciones que genera para los tribunales mexicanos la jurisprudencia interamericana, considerando que ésta última tiene tres efectos básicos:

“a) Los vincula y obliga en tanto deriva de un caso contencioso o de medidas provisionales de los cuales el Estado sea parte, más si se les dirige un mandato específico. La obligatoriedad de la jurisprudencia –una jurisprudencia de fuente distinta a la jurisprudencia de esta Corte y otros tribunales a que hacen referencia los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo – tiene los fundamentos señalados en el apartado anterior y lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, según el cual no pueden invocarse disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, en relación con el artículos 68 de la Convención Americana.

“b) Los puede guiar y apoyar para la interpretación de cualquier derecho reconocido en las normas de origen nacional –Constitución, leyes, etcétera-.

“c) Les proporciona un parámetro para el cumplimiento de las obligaciones

¹⁹¹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit. p. 40

¹⁹² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte en la Convención Americana (res interpretata). (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, op.cit., pp. 632-633.

internacionales cuando se interpretan y aplican los tratados internacionales.”.¹⁹³

Como se puede observar, en este punto la Consulta a Trámite le da un alcance orientador a la jurisprudencia de la CoIDH en aquellos casos en los que el Estado Mexicano no sea parte, posición que como veremos más adelante es mantenida por nuestro Máximo Tribunal. El apartado concluye con la afirmación de que el Poder Judicial de la Federación se encuentra obligado por la sentencia de la CoDIH en el Caso Radilla.¹⁹⁴

Por lo que respecta al considerando Tercero¹⁹⁵ del Proyecto, el mismo hace un estudio de las medidas de reparación ordenadas al Poder Judicial de la Federación, que para efectos de nuestra investigación debemos resaltar la relativa al ejercicio de un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

En el dicho tema, el Expediente 489/2010 llega de manera general a las siguientes conclusiones:

“Por lo que se refiere al llamado “control de convencionalidad” o –más correctamente dicho- a la *interpretación de derechos y libertades acorde a tratados* que la Corte Interamericana solicita a los tribunales nacionales que desarrollen, debe precisarse que no es una obligación que derive de la sentencia *Radilla Pacheco*. Su fundamento se encuentra en la adhesión que el Estado hizo a la Convención Americana, obligándose a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, así como a adoptar, conforme a sus procedimientos Constitucionales y las disposiciones de la Convención, las medidas necesarias para hacerlos efectivos.

“(…)

“Lo que la Corte solicita a los tribunales estatales es que velen para que los efectos de la Convención Americana no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que para alcanzar eso tenga en cuenta no sólo el tratado, sino las interpretaciones que ella ha hecho del mismo. (...). Aún cuando

¹⁹³ Considerando Segundo, apartado 3. del Proyecto de la Consulta a Trámite en el expediente Varios 489/2010, Presentado por el ministro José Ramón Cossío Díaz. En Cossío Díaz, José Ramón *et. al.*, *El Caso Radilla. Estudio y documentos*, *op. cit.* pp. 444.

¹⁹⁴ *Ibid*, p. 445.

¹⁹⁵ Considerando Tercero, La sentencia del caso Radilla Pacheco y el alcance de las medidas de reparación ordenadas al Poder Judicial de la Federación en el expediente Varios 489/2010, Presentado por el ministro José Ramón Cossío Díaz, en *Ibid*, pp. 449 y ss.

la Corte Interamericana pide que esta labor sea ejercida *ex officio*, la limita al marco de las competencias y las regulaciones procesales correspondientes –es decir, excluye la posibilidad de que sea *ex officio* si las regulaciones procesales no la autorizan-.

“Por esa razón, la operación jurídica a la que se refiere la Corte Interamericana no es, técnicamente, en nuestra consideración, control de convencionalidad, sino la obligación que tienen los poderes judiciales, como órganos del Estado, de interpretar los derechos y libertades reconocidos en el sistema jurídico nacional conforme a los tratados internacionales de derechos humanos, lo cual exige velar porque ninguna norma jerárquicamente inferior a ellos afecte el objeto y fin de protección a la persona, y asegurar que el contenido de los tratados nutra el texto constitucional, ampliando y reforzando, donde corresponda su contenido.”¹⁹⁶

De acuerdo con la anterior transcripción, y el orden jurídico mexicano imperante al momento en que fue redactado la Consulta a Trámite analizada, el control de convencionalidad a que se hacía refería el párrafo 339 de la Sentencia emitida por la CoIDH, se refería al tercer grado de intensidad con que se puede ejercer un control difuso de convencionalidad, a saber la “interpretación convencional”¹⁹⁷ o como el proyecto lo denomina “interpretación de derechos y libertades acorde a tratados”.¹⁹⁸

Lo anterior se desprende con meridiana claridad de las conclusiones del Proyecto de Consulta a Trámite, que en el Considerando Cuarto¹⁹⁹, relativo a las acciones destinadas a dar cumplimiento con la sentencia de la CoIDH establece lo siguiente:

“2. Interpretación de derechos conforme a tratados.

“Toda vez que el llamado “control de convencionalidad” ha generado una gran expectativa, resulta aconsejable definir algunos aspectos relacionados con el mismo, con el fin de evitar su operación inadecuada. Con ese propósito se propone la difusión de un díptico en el Poder Judicial de la Federación con el siguiente contenido:

¹⁹⁶ Ibid. p.453-454

¹⁹⁷ Véase Supra apartado II.2.2, pp.69-70.

¹⁹⁸ A juicio de Karlos Castilla hay mayor corrección en el término *interpretación de derechos y libertades acorde a tratados* en virtud de que el control de convencionalidad como tal sólo lo tiene la Corte Interamericana y encuentra su fundamento en la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos, a respecto véase Castilla, Karlos, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco” en op. cit., p. 597 y 612 y ss.

¹⁹⁹ Considerando Cuarto del Proyecto de la Consulta a Trámite en el expediente Varios 489/2010, Presentado por el Ministro José Ramón Cossío Díaz. en Cossío Díaz, José Ramón et. al., *El Caso Radilla. Estudio y documentos*, op. cit. p. 456 y ss.

“La interpretación de derechos acorde a tratados o control de convencionalidad.

“1. ¿Qué significa interpretar derechos acorde a tratados?

“- Observar, garantizar y respetar el contenido de los tratados interamericanos de los que el Estado sea parte, una vez que ya forman parte del sistema jurídico interno.

“-Aplicar el derecho de origen internacional en materia de derechos humanos como derecho interno que es, esto es, utilizarlo e interpretarlo como cotidianamente se hace respecto de cualquier otra norma de origen nacional (Constitución, leyes, etcétera).

“- No ir en contra el contenido, objeto y fin de los tratados internacionales, y por tanto velar porque los efectos de sus disposiciones no se vean mermados por la aplicación de actos y leyes contrarios a su objeto y fin.

“- Hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, por medio de la análisis de la compatibilidad entre las normas internas y los instrumentos interamericanos, armonizándolos o haciendo prevalecer el que mejor proteja o menos restrinja los derechos reconocidos en el sistema jurídico interno conformado por ambos sistemas normativos en el ámbito de su competencia.

“-Observar como criterio hermenéutico o como parámetro de interpretación para todo lo anterior la jurisprudencia de la Corte Interamericana.”

Como se puede apreciar, en el primer intento de dar cumplimiento a la sentencia emitida por la CoIDH en el Caso Radilla, la SCJN de ninguna manera se planteó la incorporación de un control difuso de convencionalidad por parte de los jueces nacionales conforme al cual se les permitiera la inaplicación de una norma interna por ser contraria a la CADH, sino que, conforme al marco constitucional vigente en ese momento y la interpretación que del mismo había realizado la misma SCJN, se esbozó como obligatoria para los jueces nacionales una operación jurídica consistente en una “interpretación conforme a la Convención”.

Finalmente, y como se había adelantado, el Proyecto de Consulta a Trámite en el expediente Varios 489/2010 fue desechado en virtud de que a juicio de la mayoría de los integrantes del Pleno de la SCJN el contenido de dicho proyecto excedió los fines de la consulta²⁰⁰, por lo que fue turnado a otro

²⁰⁰ No obstante lo anterior, como bien lo establecen Ferrer Mac-Gregor y Silva García, “a pesar de que fue desechado el proyecto inicial, su discusión pública celebrada los días 31 de agosto, 2,

ministro para que se encargara de elaborar otro proyecto, mismo analizaremos en el siguiente apartado de la presente investigación pues su estudio y resolución conforme al marco de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, establece un verdadero cambio en el sistema de control de constitucionalidad en México.

II.2.4 Expediente Varios 912/2010

El proyecto de resolución recaído al expediente Varios 912/2010 fue elaborado por la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos; el día 14 de julio de 2011, el Pleno de la SCJN dicta la resolución correspondiente, estableciendo un completo modelo de control de regularidad constitucional para el orden jurídico mexicano.²⁰¹

En los Considerandos Quinto y Séptimo se resuelven dos temas de especial relevancia para el tema que aquí se analiza:

- a) Reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de sus criterios vinculantes y orientadores.
- b) Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad.

En cuanto al inciso a) la SCJN decidió lo siguiente:

“19. (...) las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional cuya jurisdicción ha sido aceptada por el Estado mexicano, son obligatorias para todos los órganos del mismo en sus respectivas competencias, al haber figurado como Estado parte en un litigio concreto. Por tanto, para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio.”

“20. Por otro lado, el resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que

6 y 7 de septiembre de 2010, generó diversos e interesantes puntos de vista sobre el tema relativo a la obligatoriedad o no de la sentencia Radilla”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit. p.38

²⁰¹ Cossío Díaz, José Ramón, “Primeras implicaciones del Caso Radilla”, en op. cit. p.32

deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte, tendrán el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorecedor a la persona, de conformidad con el artículo 1º constitucional cuya reforma se publicó en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, en particular en su párrafo segundo, donde se establece que: “*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*”.²⁰²

De la transcripción anterior se desprende que en aquellos casos en los que el Estado mexicano sea parte en un litigio ante al CoIDH, la sentencia emitida por dicho órgano no puede ser revisada por la SCJN y en consecuencia lo único que le corresponde a ésta es reconocerla en sus términos, acatarla y cumplirla. Mientras que el resto de la jurisprudencia de la CoIDH, mismo que se integra con los criterios de todas las sentencias que emite y que funcionan en un sistema de precedentes, tendrían un carácter orientador.²⁰³

Es de resaltarse el hecho que para darle un carácter orientador a la sentencias de la CoIDH, en aquellos casos en que el Estado mexicano no sea parte en el litigio, se utilizó como fundamento el nuevo segundo párrafo del artículo 1º constitucional, reforzando de esta forma la argumentación de dicha consideración.²⁰⁴ Esta situación revela que la incorporación de la sentencia de 23 de noviembre de 2009 emitida por la CoIDH ya se hace tomando en cuenta el

²⁰² Considerando Quinto de la Resolución del Expediente Varios 912/2010, en Cossío Díaz, José Ramón *et. al.*, *El Caso Radilla. Estudio y documentos*, *op. cit.* p. 875.

²⁰³ *Ibid.* p. 18

²⁰⁴ “Si bien los ministros Cossío Díaz, Zaldívar Lelo de Larrea, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Silva Meza consideraron que toda la jurisprudencia de la CoIDH es obligatoria, la votación final mayoritaria de los ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales y Ortiz Mayagoitia determinó que el resto de la jurisprudencia sólo tendría un carácter orientador y únicamente en los casos en que resulte de ellos una mayor protección a la persona. Esto claramente no implica que la SCJN haya considerado esta jurisprudencia como “optativa”, sino que, en aplicación del artículo 1º de la CPEUM, junto con la misma jurisprudencia nacional debe ser punto de partida para la evaluación de los derechos que se estén examinando para así asegurar que los mismos serán interpretados en su sentido más benéfico, asegurando igualmente la protección más amplia. Por lo que en último término no debe confundirse el término orientador con optativo ni aun con mínimo, todos deben ser elementos que tome en cuenta el juzgador para alcanzar las finalidades del artículo 1º constitucional.” En *Ibid.* p.19

nuevo marco constitucional con sus respectivas consecuencias.²⁰⁵

Las conclusiones de la SCJN en el tema de la obligatoriedad de la jurisprudencia de la CoIDH tienen implicaciones tanto en el control constitucional de carácter concentrado como en el difuso, ya que, derivado de la aceptación de dicha obligatoriedad, se concluyó que los jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de la constitucionalidad.²⁰⁶

En cuanto al inciso b), que conforme la Resolución del Expediente Varios 912/2010 deriva de lo expresado en la sentencia de la CoIDH en su párrafo 339, el Pleno de la SCJN determinó que el control de convencionalidad *ex officio* debe adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente, por lo que dicho órgano jurisdiccional procede a determinar el modelo imperante en México.

La determinación de un sistema de control de regularidad constitucional en el orden jurídico mexicano no ha dependido directamente de una disposición constitucional clara sino que, durante mucho tiempo fue resultado de distintas construcciones jurisprudenciales²⁰⁷, sin embargo la Resolución al Expediente

²⁰⁵ En palabras de la Ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero: “En virtud de las reformas Constitucionales de junio de dos mil once, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al analizar el cumplimiento de la sentencia emitida el 23 de noviembre de 2009, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco contra el Estado Mexicano, emitió pronunciamientos de un impacto substancial en el sistema jurídico.” Véase Sánchez Cordero de García Villegas, Olga María del Carmen, “La tutela multinivel de los derechos fundamentales ante el nuevo paradigma constitucional” en García Villegas Sánchez Cordero, Paula M. *El control de convencionalidad y las cortes nacionales. La perspectiva de los jueces mexicanos*, México, Editorial Porrúa, 2014, p.6

²⁰⁶ Cossío Díaz, José Ramón, “Primeras implicaciones del Caso Radilla”, en *op. cit.* p.34.

²⁰⁷ El proyecto señala en una nota al pie dicho desarrollo jurisprudencial el cual por su importancia procedemos a transcribir: “En abril de 1919, el criterio del Tribunal Pleno era que todas las leyes que se opusieran a lo dispuesto en la Constitución no debían ser obedecidas por ninguna autoridad, este criterio se expresaba en la tesis de rubro “CONSTITUCIÓN, IMPERIO DE LA” (Registro IUS: 289,870). En mayo de 1934, la Segunda Sala estableció una tesis aislada con el rubro: “CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY” (número de registro IUS: 336,181), la cual reflejaba un criterio consistente en que conforme con el artículo 133 de la Constitución Federal, todos los jueces de la República tenían la obligación de sujetar sus fallos a los dictados de la misma, a pesar de las disposiciones que en contrario pudieran existir en otras leyes secundarias. Al año siguiente, en agosto de mil novecientos treinta y cinco, la misma Sala señaló que los únicos que pueden determinar la inconstitucionalidad de algún precepto son los tribunales de la

Federación, al emitir la tesis aislada de rubro: “LEYES DE LOS ESADOS, CONTRARIAS A LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES” (número de registro IUS: 335,247). Cuatro años después, en febrero de 1939, la Tercera Sala de la Corte, determinó en un criterio aislado que la observancia del artículo 133 de la Constitución Federal es obligatoria para los jueces locales de toda categoría, el rubro de la tesis es: “LEYES, CONSTITUCIONALIDAD DE LAS” (número de registro IUS: 356,069). Posteriormente, en abril de 1942, la Segunda Sala se pronuncia nuevamente en el sentido de que todas las autoridades del país deben observar la Constitución a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en otras leyes, las tesis tienen como rubro: “CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, COMPETENCIA DEL TRIBUNAL FISCAL PARA EXAMINARLA Y ESTATUIR SOBRE ELLAS” (registro IUS: 326,678) y “CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL IMPUESTO AL SURPERPROVECHO COMPETENCIA DEL TRIBUNAL FISCAL PARA DECIDIR SOBRE ELLA” (Registro IUS: 326,642). En el año de 1949 la misma Segunda Sala emite un criterio contrario a los anteriores, en donde vuelve a sostener que solo las autoridades judiciales de la Federación puede conocer de los problemas de “anticonstitucionalidad”, la tesis tiene como rubro: “LEYES, CONSTITUCIONALIDAD DE LAS” (registro IUS: 320,007). En septiembre de 1959, la Segunda Sala consideró que la vía adecuada para resolver los problemas sobre la oposición de una ley secundaria y la Constitución era el juicio de amparo, la tesis tiene como rubro “CONSTITUCIÓN Y LEYES SECUNDARIAS, OPOSICIÓN EN LAS” (registro IUS 268,130). En 1960 la Tercera Sala resuelve que si bien las autoridades judiciales del fuero común no pueden hacer declaratorias de inconstitucionalidad de las leyes, en observancia al artículo 133 están obligadas a aplicar en primer término la Constitución Federal cuando una ley ordinaria la contravenga directamente, la tesis es de rubro “CONSTITUCIÓN. SU APLICACIÓN POR PARTE DE LAS AUTORIDADES DEL FUERO COMÚN CUANDO SE ENCUENTRA CONTRAVENIDA POR UNA LEY ORDINARIA” (Registro IUS: 270,759). En septiembre de 1968, la Tercera Sala emite un criterio en el que considera que sólo el Poder Judicial de la Federación puede calificar la constitucionalidad de las leyes a través del juicio de amparo, el rubro es: “CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXÁMEN DE LA, IMPROCEDENTE, POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN” (número de registro IUS: 269,162). En agosto de 1971, la Tercera Sala se pronunció en el sentido de que todas las autoridades judiciales deben apegar sus resoluciones a la Constitución, la tesis tiene el rubro: “LEYES, CONSTITUCIONALIDAD DE LAS. SU VIOLACIÓN ALEGADA ANTE EL TRIBUNAL DE APELACIÓN” (número de registro IUS: 242,149). En junio de 1972, la Tercer Sala consideraba que el examen de la constitucionalidad de leyes solamente estaba a cargo del Poder Judicial Federal a través del juicio de amparo, el rubro de la tesis es: “CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN” (registro IUS: 242, 028).

Ya en la novena época y mediante criterio plenario emitido en mayo de mil novecientos noventa y cinco, reiterado en junio de mil novecientos noventa y siete y en tres precedentes de mil novecientos noventa y ocho, se determinó que el artículo 133 de la Constitución no autoriza el control difuso de la constitucionalidad de las normas generales, la tesis es la P./J. 74/99 y lleva por rubro: “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”. Este criterio se reitera mediante la tesis plenaria P./J. 73/99 de rubro “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN”. En agosto de dos mil cuatro, la Segunda Sala reitera el criterio en la tesis de jurisprudencia 2a P./J. 109/2004 de rubro: “CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LOS VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD QUE EN LA DEMANDA RESPECTIVA SE ATRIBUYAN A UNA REGLA GENERAL ADMINISTRATIVA”.

En la misma novena época, esta Suprema Corte de Justicia al resolver la Contradicción de Tesis 2/2000, emitió la tesis P./J. 23/2002 de rubro: “TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES”, la que quedó posteriormente sin efecto por la reforma constitucional al artículo 99 publicada el 13 de noviembre de 2007 en el Diario Oficial en la que se facultó a las Salas del Tribunal Electoral para inaplicar leyes electorales contrarias a la

Varios 912/2010, utilizando el nuevo marco constitucional arriba a las siguientes conclusiones:

“27. (...), todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como principio pro persona.

“28. Estos mandatos contenidos en el nuevo artículo 1º constitucional, deben leerse junto con lo establecido por el diverso artículo 133 de la Constitución Federal para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad, lo cual será claramente distinto al control concentrado que tradicionalmente operaba en nuestro sistema jurídico.

“29. Es en el caso de la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1º en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia.”²⁰⁸

Conforme a lo antes transcrito, la SCJN reconoce la existencia de dos parámetros de regularidad de las leyes (constitucionalidad y convencionalidad) y dos tipos para su ejercicio (concentrado y difuso)²⁰⁹, dicha decisión evidentemente genera un cambio relevante en el sistema de control de constitucionalidad en México que hasta el momento se había concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación, mismo que será analizado en el apartado 6 del presente capítulo.²¹⁰

Constitución.” en: Cossío Díaz, José Ramón *et. al.*, *El Caso Radilla. Estudio y documentos*, *op. cit.* p. 876 y 877.

²⁰⁸ *Ibid.* p. 878.

²⁰⁹ Como lo establece José Ramón Cossío “Antes de esta decisión únicamente se aceptaba una sola posibilidad: el control concentrado con carácter exclusivamente constitucional. Esto quiere decir que la totalidad del control de regularidad de grado superior debía llevarse a cabo dentro del tipo de procesos concentrados (amparo, controversias constitucionales y acciones de constitucionalidad) y teniendo como único parámetro a la Constitución. Lo que “Radilla Pacheco 2” estableció fue la posibilidad de otro tipo (difuso) y de otro parámetro (convencionalidad), con lo cual amplió considerablemente las posibilidades del control de regularidad.” En Cossío Díaz, José Ramón, “Primeras implicaciones del Caso Radilla”, en *op. cit.* p.36.

²¹⁰ Como lo establece José Ramón Cossío, “la extensión y profundidad del cambio de este control de convencionalidad no está únicamente en el parámetro de control, sino en el radical

Tal como lo señala la resolución²¹¹ objeto de análisis, el parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país se integra de la manera siguiente:

- Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1º y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación.
- Todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.
- Criterios vinculantes de la CoIDH establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedente de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.

Si bien los dos primeros puntos constituyen verdaderos parámetros²¹², a partir de los cuales se llevará a cabo el contraste de todas las normas que pudieran considerarse como no constitucionales o no convencionales, el último punto en cambio no puede considerarse, en un sentido estricto, un parámetro contra el cual se pueda enfrentar una norma jurídica ya que, sin negar el carácter de norma jurídica de la jurisprudencia de la CoIDH, no es posible arribar a una relación de supremacía entre una y otra, sino en todo caso a una primacía o preferencia en la aplicación.²¹³

cambio de concepción por parte de la SCJN de los sistemas de control existentes en la CPEUM, así como del sentido de los mismos conforme a los nuevos parámetros materiales establecidos con la reforma del 10 de julio de 2011 al artículo 1º constitucional.” En Cossío Díaz, José Ramón *et. al.*, *El Caso Radilla. Estudio y documentos*, *op. cit.* p. 21

²¹¹ *Ibid.* p. 878.

²¹² En términos simples José Ramón Cossío define parámetro de constitucionalidad como “una unidad más o menos acabada o identificable a partir de la cual se llevara a cabo el contraste de todas las normas que pudieran considerarse como no constitucionales.”. En Cossío Díaz, José Ramón, “Primeras implicaciones del Caso Radilla”, en *op. cit.* p.36.

²¹³ Tal como lo explica Hans Kelsen: “La idea de regularidad se aplica a cada grado en la medida en que cada grado es aplicación o reproducción del Derecho. La regularidad no es, entonces, sino la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del ordenamiento.” Véase Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia

Finalmente se afirma en el proyecto que tanto el modelo concentrado como el modelo difuso de control de constitucionalidad se ejercen de manera independiente, lo que implica que no se requiere que todos los casos sean revisables en ambos sistemas de control.²¹⁴ En esa tesitura lo que fluyen son los criterios e interpretaciones constitucionales ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de tal manera que la SCJN será la que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional.²¹⁵ Dicha determinación, a juicio de Jorge Carpizo, es jurídicamente lógica para preservar la unidad de la Constitución y, en consecuencia, de todo el orden jurídico.²¹⁶

De esta forma el modelo general de control de constitucionalidad y convencionalidad a partir del año 2011, según la Resolución del Expediente Varios 912/2010²¹⁷, queda en los siguientes términos:

Tipo de control	Órganos y medios de control	Fundamento Constitucional	Posible resultado	Forma
Concentrado	Poder Judicial de la Federación (tribunales de amparo): Controversias constitucionales y acciones de	105, fracciones I y II, 103, 107, fracción VII, 103, 107, fracción IX.	Declaración de inconstitucionalidad con efectos generales o <i>interpartes</i> . No hay	Directa

constitucional)", trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2008, Núm. 10, Julio-Diciembre.

²¹⁴ "Esto proviene de la discusión en el Pleno en donde se evidenció que puede haber casos de inaplicación por jueces ordinarios que no lleguen, o no puedan llegar a revisión en tribunales federales en amparo directo. La regla general es que no llegarán los casos que no tengan dos partes equivalentes: lo litigios de particulares contra autoridad, contenciosos y fiscales, o los penales sin víctima, lo cual dependerá de las reglas de procedencia del propio juicio de amparo." En Cossío Díaz, José Ramón *et. al.*, *El Caso Radilla. Estudio y documentos*, *op. cit.* p. 26. De igual forma véanse las participaciones de los ministros Ortiz Mayagoitia y Cossío Díaz en la sesión de 11 de junio de 2011.

²¹⁵ *Ibid.* p.879

²¹⁶ Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917. Longevidad casi centenaria*, *op. cit.* p. 598.

²¹⁷ Cossío Díaz, José Ramón *et. al.*, *El Caso Radilla. Estudio y documentos*, *op. cit.* p. 880.

	<p>inconstitucionalidad.</p> <p>Amparo Directo</p> <p>Amparo Indirecto</p>		<p>declaratoria de inconstitucionalidad.</p>	
Control por determinación constitucional específica	<p>Tribunal Electoral en juicio de revisión constitucional electoral de actos o resoluciones definitivas y firmes de las autoridades electorales locales en organización y clasificación de comicios o controversias en los mismos.</p> <p>Tribunal electoral del Poder Judicial de la Federación</p>	<p>Artículo 41, fracción VI, 99, párrafo 6o.</p>	<p>No hay declaración de inconstitucionalidad solo inaplicación.</p>	<p>Directa e incidental</p>
Difuso	<p>Resto de los tribunales.</p> <p>Federales: Juzgados de distrito y Tribunales Unitarios de Proceso Federal y Tribunales Administrativos.</p> <p>Locales: Judiciales, administrativos y electorales.</p>	<p>1º. 133, 104 y derechos humanos en tratados.</p> <p>1º. 133, 116 y derechos humanos en tratados.</p>	<p>No hay declaración de inconstitucionalidad solo inaplicación.</p>	<p>Incidental</p>
Interpretación favorable	<p>Todas las autoridades del Estado mexicano.</p>	<p>Artículo 1o. y derechos humanos en tratados</p>	<p>Solamente interpretación aplicando la norma más favorable a las personas sin inaplicación o declaración de inconstitucionalidad.</p>	<p>Fundamentación y motivación</p>

Establecido lo anterior, procederemos al análisis de las obligaciones derivadas de la nueva redacción del artículo 1º constitucional, específicamente en su párrafo segundo, de donde se desprenden diversas obligaciones en relación con la interpretación de los derechos humanos que tienen impacto en el «diálogo jurisprudencial».

II.3 Las obligaciones interpretativas en materia de derechos humanos derivadas del párrafo segundo del artículo 1º constitucional

De los antecedentes a la reforma constitucional analizados en el apartado II.1 de la presente investigación, se podrá constatar que el artículo 1º constitucional fue objeto de profundas modificaciones, pasando de tener tres párrafos a cinco. De esos cinco párrafos, el primero y el quinto fueron modificados, mientras que el segundo párrafo fue adicionado en los siguientes términos:

Artículo 1º. (...)

“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

“(...)”

Tal como se advierte de la transcripción anterior, los párrafos segundo y tercero del artículo 1º constitucional establecen una serie de obligaciones a cargo de las autoridades en relación con los derechos humanos reconocidos tanto por la Constitución Mexicana como por los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, por lo que, tal como lo establece Miguel Carbonell, dichas obligaciones constituyen una “novedad para el constitucionalismo mexicano”²¹⁸.

En cuanto a los destinatarios de la porción normativa en comento, por su estructura lingüística es de considerarse que los destinatarios de la norma son todos los intérpretes de las disposiciones en materia de derechos humanos, entendiéndose por tal autoridades y particulares; y su obligatoriedad se

²¹⁸ Carbonell, Miguel, “Las obligaciones del Estado en el artículo 1o. de la Constitución Mexicana” op. cit. p. 64.

circunscribe a todos aquellos casos que involucren disposiciones de derechos humanos, por considerarse un mandato constitucional y no una opción para el intérprete.²¹⁹

Por lo que hace al segundo párrafo del artículo 1º constitucional, dicha porción normativa establece los criterios interpretativos para la aplicación de los derechos humanos tanto de fuente nacional como de fuente internacional, a saber el principio de interpretación conforme y el principio *pro personae*, mismos que se analizan a continuación.

II.3.1 Principio de interpretación conforme

El principio de interpretación conforme ha sido considerado como una de las condiciones que un ordenamiento jurídico debe satisfacer para considerarse impregnado de las normas constitucionales, es decir de un ordenamiento jurídico en proceso de constitucionalización.²²⁰ La interpretación conforme, nos dice Guastini, es aquella que

“adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada se entiende), eligiendo –frente a una doble posibilidad interpretativa- el significado (o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución. El efecto de tal interpretación es, obviamente, el de conservar la validez de una ley que, de otra forma debería ser declarada inconstitucional”.²²¹

El principio de interpretación conforme, tal cual ha sido definido, parte de la tesis de la *imposibilidad de la interpretación única correcta*²²², misma que resulta

²¹⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma.*, op. cit., p. 358.

²²⁰ Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano” en Carbonell, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ta. ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 49-73. En el mismo sentido García de Enterría establece que “este principio es una consecuencia derivada del carácter normativo de la Constitución y de su rango supremo y está reconocido en los sistemas que hacen de ese carácter su postulado básico.” en García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ta. ed., Navarra, Editorial Civitas, 2006, p. 101.

²²¹ *Id.*

²²² Para Efrén Vázquez la tesis de la *imposibilidad de la interpretación única correcta* tiene su antecedente más remoto en “Examen de ingenios para las ciencias, de Juan Huarte de San Juan (¿1529?-1588) y en la Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen (1881-1973) su antecedente más próximo, cfr. Vázquez Esquivel, Efrén, la interpretación conforme en México (dos de sus antecedentes teóricos: Kelsen y Huarte de San Juan. Un estudio crítico desde la perspectiva de

contraria a la teoría cognitiva de la interpretación desarrollada por el positivismo jurídico del siglo XIX, conforme a la cual todo texto normativo admite una interpretación verdadera o que todo sistema jurídico es necesariamente completo y coherente²²³.

La función armonizadora de la interpretación conforme permite a los órganos facultados para declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica conservar el ordenamiento jurídico evitando de esta forma la inseguridad jurídica²²⁴ derivada de las lagunas provocadas por la declaratoria de inconstitucionalidad y, a su vez, se reconocería la presunción de constitucionalidad de la ley²²⁵.

Sin embargo, la reforma al párrafo segundo del artículo 1º constitucional al constitucionalizar la interpretación conforme, tomando como parámetro a los

la hermenéutica filosófica). En Conocimiento y Cultura Jurídica, Año 2 Número 3 de la 2ª Época, Enero-Junio de 2008.

²²³ Al respecto véase Guastini, Ricardo, *Estudios sobre interpretación jurídica*, 9a. ed., trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Porrúa-UNAM, 2011. Asimismo resulta importante acudir a la crítica desde la perspectiva de la hermenéutica filosófica el Doctor Efrén Vázquez a la dogmática positivista encargada de difundir la teoría cognoscitiva, al respecto véase Vázquez, Efrén, "La hermenéutica filosófica: Una reflexión sobre el Derecho como ciencia del espíritu", en Conocimiento y Cultura Jurídica, Revista Semestral del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Año 1, Número 1, de la segunda época, Enero-Junio de 2007.

²²⁴ A respecto García de Enterría comenta que "la anulación de una Ley es un suceso bastante más grave que la anulación de un acto de la Administración, porque crea por sí sola una grave inseguridad jurídica. El legislador no tiene agilidad suficiente para cubrir inmediatamente el hueco que deja la norma anulada y ese hueco da lugar a una enorme confusión jurídica para los ciudadanos y para todos los poderes públicos. Con frecuencia esa anulación, que no implica por sí misma el restablecimiento de vigencia de la Ley anterior a que se sustituyó la anulada (cfr., art. 2,2 CC), y la laguna que crea, puede determinar de hecho, como ha dicho alguna vez el Tribunal Constitucional italiano, una "situación de mayor inconstitucionalidad" en la solución práctica de los problemas que la Ley anulada regulaba". Véase García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, op. cit. p.102.

²²⁵ Tanto el Tribunal Federal Constitucional alemán como el Tribunal Supremo americano, "no han dudado en conectar a ese principio una verdadera presunción de constitucionalidad de las Leyes, que no es la simple afirmación formal de que cualquier Ley se tendrá por válida hasta que sea declarada inconstitucional, sino que implica materialmente algo más, lo siguiente: primero, una confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución; en segundo término, que una Ley no puede ser declarada inconstitucional más que cuando no exista «duda razonable» sobre su contradicción con la Constitución; tercero, que cuando una Ley esté redactada en términos tan amplios que puede permitir una interpretación inconstitucional habrá que presumir que, siempre que sea «razonablemente posible», el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha Ley es precisamente la que la permita mantenerse dentro de los límites constitucionales." En *Id.*

derechos humanos de fuente constitucional y a los derechos humanos de fuente convencional, añade una función armonizadora entre el derecho nacional y el internacional²²⁶; facilitando de esta forma el «diálogo jurisprudencial» entre los jueces nacionales y los tribunales internacionales²²⁷, ya que corresponde a los jueces acudir no sólo al texto constitucional y convencional, sino a la forma en que estos han sido interpretados por los órganos facultados para ello.

Esta aproximación al principio de interpretación conforme, no sólo como protector de la conservación del orden jurídico sino a su vez como armonizador del derecho nacional e internacional, Eduardo Ferrer Mac-Gregor la ha definido como:

“la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección”²²⁸

Así considerado, la incorporación del criterio hermenéutico de interpretación conforme a la CPEUM, constituye, tal como lo establece Caballero Ochoa, una de las respuestas para acompañar la incorporación de los tratados

²²⁶ Esta función armonizadora significa que “el intérprete debe procurar una interpretación que permita “armonizar” la “norma nacional y la internacional”. No se trata de dos interpretaciones sucesivas (primero la interpretación conforme a la Constitución y luego la interpretación conforme al tratado internacional), sino de una interpretación conforme que armonice ambas. Cuando la fórmula constitucional se refiere a que las normas de derechos humanos se interpretarán “de conformidad con” “esta Constitución y los tratados internacionales...”, la conjunción “y” gramaticalmente constituye una “conjunción copulativa” que sirve para reunir en una sola unidad funcional dos o más elementos homogéneos al indicar su adición. De ahí que esta cláusula cumple con una “función hermenéutica” de armonización.”. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma.*, op. cit., p. 358.

²²⁷ Para José Luis Caballero Ochoa “las normas contenidas en los tratados internacionales son obligaciones preexistentes para los Estados una vez que éstos se han ratificado. Este es el momento fundamental de vinculación; de manera que cuando se hacen reformas constitucionales para su armonización se está facilitando la aplicación y reglas de juego interpretativas, el diálogo jurisprudencial, pero el protagonismo esencial lo tiene la ratificación de los instrumentos”. Véase Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, Núm. 90. p.14

²²⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma.*, op. cit., p. 358.

internacionales sobre derechos humanos al orden interno²²⁹.

Para Efrén Vázquez Esquivel, la tesis de la interpretación conforme a la Constitución, es, en primer lugar, la aceptación de la tesis de Kelsen sobre la imposibilidad de la interpretación única correcta, doctrina que fue recepcionada por la jurisprudencia alemana desde 1951, y, en segundo, el abandono —pero sólo para ciertos casos que cumplen determinados requisitos, por cierto, no suficientemente normados— del modelo deductivo de interpretación jurídica (o modelo de subsunción de la realidad a una correspondiente norma), el cual fue desarrollado por el positivismo jurídico en el siglo XIX; al modelo positivista tradicional, dice, se le sustituye por el modelo de la interpretación conforme, en el cual las decisiones judiciales ya no se determinan por un proceso deductivo, o de subsunción, sino por la ponderación de principios, así que, la actividad interpretativa no se centra ya en la idea de sistema, bajo el cual, dice al autor referido, la ciencia jurídica moderna construye la verdad, sino más bien en la ponderación del peso de los valores que se contraponen.²³⁰

II.3.2 Principio *pro persona*

Aunado al principio de interpretación conforme, la misma porción normativa del artículo 1º constitucional establece el criterio hermenéutico que ordena al intérprete a favorecer en todo tiempo a las personas la protección más amplia, el cual ha sido denominado por la doctrina como principio *pro persona*.

La teoría del derecho ha reconocido que la interpretación constitucional presenta peculiaridades²³¹ que la distinguen de la interpretación legal²³², las cuales derivan de las diferencias estructurales de las normas constitucionales y las normas legales, en virtud del mayor grado de generalidad y abstracción que

²²⁹ Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, op. cit. p. 14

²³⁰ Véase Vázquez Esquivel, Efrén, *Derecho y comprensión*, Ed. Tirant lo blanch, México, 2016, pp. 123-125.

²³¹ Guastini, Ricardo, *Estudios sobre interpretación jurídica*, op. cit. pp. 113-137.

²³² Al hablar de interpretación legal la entendemos en un sentido amplio que abarca cualquier texto normativo de carácter infra constitucional, como podría ser un reglamento administrativo.

caracterizan a las primeras²³³. Estas peculiaridades se ven aumentadas cuando lo que se pretende interpretar son normas sobre derechos humanos²³⁴.

Una de las particularidades de las normas referidas es la relativa a su estructura, conforme a la cual se hace relevante la distinción teórico-estructural entre principios y reglas; la doctrina ha definido a los primeros como verdaderos mandatos de optimización, es decir, normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales y existentes, lo que permite que dichos principios puedan cumplirse en diferente grado; por su parte las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no²³⁵.

Derivado de las particularidades de las normas sobre derechos humanos, y del papel que juegan éstos últimos en el Estado constitucional de derecho, se ha reconocido que, junto a los métodos tradicionales de interpretación, las normas de derechos humanos requieren criterios hermenéuticos que constituyan directrices encaminadas a dar plena efectividad y fuerza expansiva a los derechos humanos reconocidos tanto en sede interna, como por las convenciones y tratados de los que cada Estado es parte; criterios hermenéuticos dentro de los cuales se encuentra el principio *pro persona*.

El principio *pro persona* ha sido definido por la doctrina en los siguientes términos:

“criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derecho protegidos e inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”²³⁶.

De esta forma, el principio en comento constituye un criterio orientador para

²³³ Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, op. cit., p. 1363.

²³⁴ Silva Meza, Juan N. y Silva García, Fernando, *Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 160.

²³⁵ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 67-68.

²³⁶ Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos.”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 163.

cualquier operador jurídico que se encuentre ante la necesidad de interpretar y aplicar una norma de derecho humano, sin embargo, es en la labor judicial donde se reflejan con mayor intensidad sus efectos, al ser la interpretación de los derechos humanos necesaria para el ejercicio de sus funciones.

En este sentido, el TCE ha desarrollado el principio pro persona en su directriz de preferencia interpretativa, tal como se desprende de la STC 159/1986 de 16 de diciembre:

“tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”

Por su parte, la Primera Sala de la SCJN ha desarrollado dicho principio tal como se desprende de la tesis jurisprudencial 1a./J. 107/2012, cuyo rubro y texto son del tenor siguiente:

“PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE. De conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable -en materia de derechos humanos-, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que

figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.”²³⁷

Cabe resaltar que dicho principio tiene dos vertientes: 1. Directriz de preferencia interpretativa y 2. Directriz de preferencia de normas²³⁸. Conforme a la directriz de preferencia interpretativa corresponde al juez constitucional preferir la interpretación que optimice un derecho fundamental, por lo que dicha directriz se manifiesta a través de la interpretación extensiva del derecho y/o de la interpretación restrictiva las limitaciones a un derecho fundamental. En lo relativo a la preferencia de normas el juez aplicará la norma más favorable a la persona, dicha directriz se manifiesta a través de la preferencia y de la conservación de la norma más favorable.²³⁹.

Lo anterior ha sido suscrito por la CoIDH en el Caso Vélez Loor. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, No. 218, párrafo 34, en los términos siguientes:

“el sistema de protección internacional debe ser entendido como una integralidad [conforme al] principio recogido en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual impone un marco de protección que siempre da preferencia a la interpretación o a la norma que más favorezca los derechos de la persona humana, objetivo angular de protección de todo el Sistema Interamericano. En este sentido, la adopción de una interpretación restrictiva en cuanto al alcance de la competencia de este Tribunal no sólo iría contra el objeto y fin de la Convención, sino que además afectaría el efecto útil del tratado mismo y de la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para la presunta víctima en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia.”

A su vez, el principio *pro persona* en su vertiente de preferencia de normas tiene la peculiaridad de que su aplicación es ajena al principio de jerarquía normativa, es decir, independientemente de las relaciones jerárquicas de las normas conforme a las cuales el juez se encuentre obligado a decidir un caso concreto, deberá preferir para su solución aquella norma que proteja, u

²³⁷ Tesis 1a./J. 107/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XIII, tomo 2, octubre de 2012, p. 799.

²³⁸ García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 3ra. ed., México, Porrúa, 2013, p. 96.

²³⁹ Castilla, Karlos, “El principio *pro persona* en la administración de justicia”, en Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 20, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, enero-junio de 2009, p. 71 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/CuestionesConstitucionales/numero/20/ard/ard2.htm#P2>, Fecha de consulta: 17 de noviembre de 2014.

optimice, el ejercicio de un derecho fundamental. Dicha característica resulta relevante en la medida en que se aparta de criterios formalistas que pudieran servir de pretexto para restringir la efectividad de los derechos humanos y al mismo tiempo se reconoce la importancia de privilegiar la protección de dichos derechos²⁴⁰.

Finalmente, en relación con los principios incorporados por el artículo 1º constitucional, José Luis Caballero Ochoa ha establecido que

“El modelo adoptado por la CPEUM en su artículo 1o., sigue el tono de los desarrollos constitucionales contemporáneos: relevancia constitucional de las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales (párrafo primero); e, interpretación conforme con relación a los tratados internacionales sobre derechos humanos mediante la aplicación del principio *por persona* (párrafo segundo). De esta forma, México se inscribe en las constituciones que han diseñado un modelo combinado, especificando tanto la relevancia constitucional de las normas contenidas en los instrumentos internacionales, como la interpretación conforme con respecto a los mismos.”²⁴¹

En relación con el «diálogo jurisprudencial», “la cláusula de interpretación conforme permitirá armonizar el derecho nacional y el internacional, lo que propiciará seguramente un intenso «diálogo jurisprudencial» de manera “horizontal/vertical” entre los propios tribunales internos y éstos a su vez con la

²⁴⁰ *Ibid.* pp. 72-73 y García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, op. cit. pp. 96-97, para ejemplificar lo anterior, ambas obras citan la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”, en La colegiación obligatoria de periodistas (Artículo 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A. No. 5. Párr. 52.

²⁴¹ Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, op. cit. p. 112. Para Jorge Carpizo “El art. 1 c., reformado en 2011, que he multicitado, explicitó lo que la Constitución ya incorporaba. Desde luego estoy de acuerdo con la nueva redacción. Resaltó que, en relación con la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano, el art. 133 constitucional fija la regla general, “pero en virtud de los principios de *conformidad y pro persona*, que ya he comentado, si un tratado internacional resulta ser *más o mejor* protector de un derecho humano que nuestra Constitución, en el caso específico, prevalece, hay que aplicar, el primero sobre la segunda. De esta manera, reitero, la regla general de la jerarquía de las normas la establece el art. 133 c., y el art. 1c. consagra una excepción tratándose de tratados de derechos humanos en la que debe prevalecer la interpretación y aplicación de los principios de *conformidad y pro persona*” Véase Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917. Longevidad casi centenaria*, op. cit., p. 566

Corte IDH”.²⁴²

Precisado lo anterior, procederemos a analizar la relación normativa derivada de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos de 2011, ya que, como se ha visto a lo largo del presente apartado, al hablar de normas relativas a derechos humanos, el criterio de jerarquía pasa a un segundo término, dando paso a un criterio de preferencia o primacía.

II.4 El sistema de fuentes del derecho en el orden jurídico mexicano a partir de la reforma constitucional de 2011

Tal como se puede apreciar de lo hasta ahora dicho, con la RCDH, el sistema de fuentes del derecho sufrió una profunda modificación desde el momento en que le otorgó a los tratados internacionales en materia de derechos humanos una posición especial dentro del orden jurídico mexicano, en tanto se constituyen como normas que limitan el contenido de otras, las cuales, en relación con el principio de interpretación *pro persona*, puede llegar a adquirir (dependiendo de los casos concretos) primacía (no supremacía) respecto a la Constitución.

La posibilidad de que una reforma a la Constitución posibilite el cambio en el sistema de fuentes del derecho se justifica si partimos de la base de que corresponde a la Constitución dotar de unidad a todo el ordenamiento jurídico, a efecto de contrarrestar los efectos nocivos que pudieran propiciar no solo la pluralidad de fuentes del derecho o de producción jurídica, sino a su vez la diversidad de intereses, ideologías y proyectos, característica de las sociedades pluralistas actuales²⁴³.

En este sentido, resultan relevantes las consideraciones de Eduardo

²⁴² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma.*, op. cit., p. 428.

²⁴³ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 9a. ed., trad. Marina Gascón, Madrid, Editorial Trotta, 2009, pp. 13, 39 y 40. Werner, Kāgi, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 79 a 81. Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*. 6a. ed., México, Editorial Porrúa-UNAM, 2008, p. 5.

García de Enterría al establecer que:

“la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento) una Ley será válida o un Reglamento vinculante; en este sentido, es la primera de las «normas de producción», la *norma normarum*, la fuente de fuentes.”²⁴⁴

De igual forma, cabe resaltar que el presente apartado se limita al estudio de la modificación en el sistema de fuentes, únicamente desde la perspectiva de las fuentes formales, las cuales quedan comprendidas dentro de lo que la teoría kelseniana denomina dinámica jurídica, la cual se explica en los siguientes términos:

“Las normas de un sistema dinámico tienen que ser creadas mediante actos de voluntad por aquellos individuos autorizados al efecto por una norma de grado más alto. Semejante autorización implica una delegación. La facultad de crear normas es delegada por una autoridad en otra autoridad; aquélla es la más alta, ésta es inferior. La norma básica de un sistema dinámico es la regla fundamental de acuerdo con la cual han de ser creadas las demás normas del sistema. Una norma forma parte de un sistema dinámico si ha sido creada en la forma establecida en último término por la norma básica...”

“El sistema de normas que llamamos orden jurídico, es un sistema de naturaleza dinámica.”²⁴⁵

Para Ulises Schmill la postura kelseniana se puede explicar de la siguiente manera:

“...la norma fundamental debe establecer el o los procesos de creación de otras normas, y debe determinar su contenido. De esta manera, una norma forma parte integrante de un orden jurídico si es posible constatar que ha sido creada de conformidad con el procedimiento establecido en alguna otra norma, que a su vez, fue creada conforme al procedimiento determinado en la norma fundamental. De este modo, el orden jurídico se presenta a esta consideración dinámica como una serie escalonada o graduada de normas, las que encuentran su fundamento de validez en la norma que constituye el grado superior de esta estructura piramidal.”²⁴⁶

Ahora bien, cuando hablamos de fuentes formales nos referimos a la

²⁴⁴ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, op. cit. p. 55 y 56. En el mismo sentido véase a De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, op. cit., p. 82.

²⁴⁵ Kelsen, Hans, *Teoría general de derecho y del Estado*, 3ra. ed., trad. Eduardo García Máynez, México, UNAM, 2008, p. 132 y ss., *Teoría pura del derecho*, 16a. ed., trad. Roberto J. Vernengo, México, Editorial Porrúa, 2009, pp. 201 y ss.

²⁴⁶ Schmill, Ulises, *Las fuentes del derecho*, México, Ediciones Coyoacán, 2012, p. 13

fuentes como un problema interno al orden jurídico, tomando en consideración los factores suministrados por el propio orden jurídico de los que depende la creación de normas jurídicas²⁴⁷, sin embargo, es de reconocerse que el Estado Constitucional el Derecho no programa solamente sus formas de producción, también sus contenidos sustanciales, por lo que éstos últimos constituyen, a su vez, factores jurídicos que condicionan la creación normativa²⁴⁸.

A este respecto, tal como lo expone Luigi Ferrajoli, debe considerarse que el sistema de normas sobre creación de normas no sólo se compone “de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder legislativo”²⁴⁹.

Derivado de lo anterior, debe reconocerse que la regularidad de las normas atiende tanto a su existencia, o vigencia, como a su validez²⁵⁰, en términos de Aguiló Regla podría reconocerse que:

“el Derecho aspira no sólo a la unidad de autoridades por vía de la delegación, sino también a la unidad de contenidos normativos. Desarrollar la cuestión de la unidad de contenidos normativos del orden jurídico lleva a tratar el otro sentido en que se usa la expresión validez, el de legitimidad o corrección. Veámoslo. Cuando decimos de una ley que es inconstitucional o de un reglamento que es ilegal, estamos, por un lado, reconociendo que aquello de lo que predicamos la inconstitucionalidad o la ilegalidad es una ley o un reglamento, esto es, que existen como ley o reglamento (fueron dictados de manera conforme a los requisitos establecidos en las respectivas reglas que confieren poderes). Pero, por otro lado, estamos afirmando que el contenido de esos resultados institucionales es ilegítimo porque contradice el contenido de normas consideradas superiores;

²⁴⁷ Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, Barcelona, Editorial Ariel, 2012, p. 52.

²⁴⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7a. ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Editorial Trotta, 2010, p. 20.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ “La existencia de normas inválidas puede ser fácilmente explicada con sólo distinguir dos dimensiones de la regularidad o legitimidad de las normas: la que se puede llamar «vigencia» o «existencia», que hace referencia a la *forma* de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia con las *normas formales* sobre su formación; y la «validez» propiamente dicha o, si se trata de leyes, la «constitucionalidad», que, por el contrario, tiene que ver con su *significado* o contenido y que depende de la coherencia con las *normas sustanciales* sobre su producción.” En *Ibid.* p. 21

en nuestro caso, la constitución o la ley...”²⁵¹

Ahora bien, en el estudio de las fuentes del derecho desde su perspectiva formal es necesario constatar si en el ordenamiento de que se trata existe una norma, conocida como “norma sobre la producción jurídica”, que autorice el acto o el hecho en cuestión para crear derecho²⁵².

Respecto a las “normas sobre producción jurídica”, Riccardo Guastini²⁵³ las ha dividido en cinco subclases:

1. Normas que confieren poderes: Las que adscriben a un determinado sujeto un poder normativo.
2. Normas procedimentales: Normas que regulan los procedimientos para crear la fuente de derecho en cuestión.
3. Normas que circunscriben el ámbito de poder conferido: Aquellas que determinan la materia respecto de la cual el sujeto en cuestión tiene facultades para regular.
4. Normas que reservan una materia determinada a una cierta fuente: Conforme a las cuales a) ninguna otra fuente tenga título para regular esa materia, y b) la fuente, a favor de la cual la reserva es establecida, no está autorizada a delegar la regulación de la materia en cuestión a otras fuentes.

²⁵¹ Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, op. cit., p. 99.

²⁵² Al respecto explica Riccardo Guastini que “toda norma puede ser reconstruida en la forma de un enunciado condicional que conecte un supuesto de hecho condicionante a alguna consecuencia jurídica (“si F, entonces G”). O bien, según la concepción formal de las fuentes, un cierto acto o hecho constituye una fuente del derecho si, y sólo si, existe una norma que asume el acto o hecho en cuestión como supuesto de hecho condicionante de esa peculiar consecuencia jurídica que es la producción normativa: “Si X, entonces Y”, donde X (supuesto de hecho) es un acto o hecho cualquiera, y Y (consecuencia jurídica) es la producción de normas. En Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, 4a. ed., trad. Miguel Carbonell, México, Fontamara, 2013, pp. 99-100.

²⁵³ Guastini, Riccardo, “En torno a las normas sobre producción jurídicas”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, Mayo-Agosto, núm. 89., Nueva Serie Año XXX, p.549-550, en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/89/art/art9.pdf>, fecha de consulta 23 de mayo de 2015.

5. Normas relativas al contenido mismo de una normación futura: Normas que ordenan o prohíben al legislador emanar leyes provistas de un determinado contenido.

De conformidad con lo anterior, es posible considerar que existe un cambio en el sistema de fuentes del derecho cuando la propia Constitución modifica el valor normativo de una o más de las fuentes del derecho objeto de su regulación, de tal manera que se constituyan como condición de validez o vigencia de otras normas jurídicas.

Precisado lo anterior, resulta pertinente proceder al análisis de aquellas cuestiones que trajeron consigo un cambio en el sistema de fuentes del derecho:

- a) La incorporación de los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano a nivel constitucional. (Reforma al artículo 1º constitucional)
- b) La prohibición de celebrar tratados internacionales que contravengan no sólo los derechos humanos reconocidos por la CPEUM, sino también aquellos de fuente internacional. (Reforma al artículo 15º constitucional)

De manera general, es posible afirmar que la reforma a los artículos 1º y 15º constitucionales constituyen aspectos de la reforma relacionados con el ámbito internacional²⁵⁴ y, de manera específica, prevén modificaciones sustanciales en el sistema de fuentes en México al dar un reconocimiento constitucional a los derechos previstos en los tratados internacionales, para lo cual procederemos a su análisis de manera separada.

Aunado a lo anterior debe destacarse que tal como veremos en el siguiente capítulo, las consecuencias de las modificaciones al sistema de fuentes no llevan a reconocer que México se ha colocado en un contexto de pluralismo

²⁵⁴ Para una estudio más exhaustivo sobre los aspectos de la reforma relacionados con el ámbito internacional véase: Sepúlveda, Ricardo J. "Análisis sobre los aspectos de la reforma constitucional relacionados con el ámbito internacional (asilo y refugio)", en: Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma. Op. cit.*, p. 201-220.

constitucional.

II.4.1 La reforma al artículo 1º constitucional y el sistema de fuentes del derecho

En el orden jurídico mexicano, la jerarquía normativa y, en consecuencia, la cláusula de supremacía constitucional se encuentra reconocida por el artículo 133 de la CPEUM²⁵⁵, mismo que en su texto dispone lo siguiente:

“Artículo 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”

En México, tanto la doctrina constitucional como la doctrina jurisprudencial han sido unánimes al considerar que el artículo 133 de la CPEUM prevé el principio de supremacía constitucional, conforme al cual “una norma contraria – ya sea material o formalmente- a esa norma superior no tiene posibilidad de existencia dentro de ese orden jurídico”²⁵⁶.

Sin embargo, no sucede lo mismo con el principio de jerarquía normativa, el cual ha sido un tema que ha suscitado controversias doctrinales y jurisprudenciales desde su incorporación en el texto constitucional, originadas por la no muy afortunada redacción de la primera parte del artículo objeto de estudio²⁵⁷.

Para efectos de la presente investigación, nos centraremos en el problema relativo a la posición de los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano, lo anterior con especial énfasis en los tratados en materia de

²⁵⁵ Carpizo, Jorge, *Temas Constitucionales.*, 2ª edición, México, Editorial Porrúa - UNAM, 2003, p. 431.

²⁵⁶ Carpizo, Jorge, *Estudios Constitucionales.*, 8ª edición, México, Editorial Porrúa - UNAM, 2003, p. 1.

²⁵⁷ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Comentario al artículo 133”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, 20a. ed., México, Porrúa-UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, t. V, p. 187. En relación con dicho precepto, Felipe Tena Ramírez llegó a sostener que se trata de “un precepto oscuro, incongruente y dislocador de nuestro sistema”, Véase: Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, cuadragésima edición, México, Editorial Porrúa, 2004, p.378.

derechos humanos; debemos comenzar con el procedimiento de incorporación de los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano.

Del sistema de incorporación de los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano se desprende el artículo objeto de estudio en relación con los diversos 89 fracción X y 76, fracción I de la CPEUM, conforme a los cuales los tratados internacionales se celebran por el presidente y se aprueban por el Senado²⁵⁸. Una vez otorgada la aprobación, el Senado la comunicará al Ejecutivo, quien entonces está en posibilidad de ratificar el instrumento internacional para su posterior publicación en el Diario Oficial de la Federación, proceso al final del cual son consideradas como normas internas del orden jurídico mexicano²⁵⁹.

El procedimiento de incorporación de tratados internacionales en el orden jurídico mexicano coloca a México, según un sector de la doctrina, en la denominada teoría monista, conforme a la cual “cabe concebir al derecho internacional, junto con los órdenes jurídicos particulares de cada Estado, como un sistema unitario de normas”²⁶⁰, es decir que “el derecho interno e internacional forman un solo cuerpo de reglas y son aplicables juntos por los mismos órganos”²⁶¹.

Ahora bien, la incorporación de un tratado al orden jurídico interno, nos recuerda Carmona Tinoco²⁶², le otorga a sus disposiciones una determinada jerarquía que, según las diversas Constituciones, puede situarlas al menos en cuatro diversas posiciones con respecto a la Constitución y las leyes ordinarias:

²⁵⁸ Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México. op. cit.*, pp. 190-191.

²⁵⁹ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Comentario al artículo 133”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada, op. cit.* pp.192-193

²⁶⁰ La teoría monista en contraposición a la teoría dualista, la cual “quisiera ver en el derecho internacional y en los derechos estatales particulares dos sistemas normativos distintos, entre sí independientes, aislados recíprocamente en tanto se funden en dos normas básicas diferentes.” Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho, op. cit.*, pp. 330 y ss.

²⁶¹ Graham, James, *Teoría General de Derecho Internacional. Derecho internacional público-Derecho internacional privado*, 2ª ed. Zamanga Editores, 2014, p. 63.

²⁶² Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Comentario al artículo 133”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada, op. cit.* p.194

- 1) Rango supranacional: La posición más alta que podría ocupar un tratado internacional dentro del orden interno de un Estado, estaría por encima de la propia Constitución.
- 2) Rango constitucional: Es aquella en la que los tratados internacionales estuvieran al mismo nivel que las normas constitucionales.
- 3) *Rango supralegal*: En aquellos casos donde los tratados podrían situarse en un nivel inferior al de la Constitución, pero superior respecto a las leyes ordinarias.
- 4) *Rango legal*: Cuando la Constitución otorga a los tratados un nivel similar al de las leyes ordinarias se está en presencia de un *rango legal*.

Evidentemente, desde la perspectiva formal de las fuentes del derecho la posición de los tratados internacionales determina la vigencia y validez de las normas de rango inferior en la estructura normativa creada por la propia Constitución, tal como se había explicado en el apartado anterior.

Hasta antes de la RCDH, existía consenso en cuanto a que los tratados (independientemente de la materia que regularan) se encontraban por debajo de la Constitución, subsistiendo posturas diversas en cuanto a su posición en relación con el resto de las normas del orden jurídico, específicamente las leyes, es decir que la doctrina mexicana y la propia SCJN eran ambivalentes en cuanto a que si en el orden jurídico mexicano los tratados internacionales tenían rango supralegal o rango legal.

A este respecto, el profesor James Graham apunta que:

“Formalmente, el texto constitucional no establece una jerarquía entre los tratados y las leyes en la medida que ambos forman, según el artículo 133, “la Ley Suprema de toda la Unión”. Si hasta 1992, la Corte suprema consideró que “un tratado no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley y viceversa”, ésta aceptó, algunos años después, cambiar su posición. En el amparo *Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo*, la Corte consideró oportuno abandonar esta

posición y asumir la que considera la jerarquía superior de los tratados frente a las leyes, inclusive las leyes federales.”²⁶³

Los criterios a los que alude el autor se materializaron en la tesis P.C/92, emitida por el Pleno de la SCJN, visible en la Octava Época de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, cuyo rubro y texto son del tenor siguiente:

“LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUIA NORMATIVA. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional.”²⁶⁴

Como se observa, si bien la SCJN reconoce la obligatoriedad de los tratados internacionales, les otorga lo que anteriormente llamamos un rango legal. A juicio de Jorge Carpizo, dicha postura derivaba de una interpretación netamente gramatical del artículo 133 de la CPEUM y no de carácter hermenéutico²⁶⁵.

En relación con la tesis transcrita, Marcos del Rosario Rodríguez considera que:

“La argumentación efectuada no sólo somete a los Tratados Internacionales al orden constitucional, sino que lo ubica en parámetros de igualdad frente al ámbito federal. El problema de ordenar en un mismo nivel jerárquico a los Tratados Internacionales y a las leyes federales, sin definir el ámbito de aplicación de cada uno, conlleva a una restricción o afectación del contenido de estos ordenamientos; ya que en vez de existir una complementariedad orientada a aplicar aquél ordenamiento que se ajuste de una mejor forma a las circunstancias, comúnmente el juez ha optado por aplicar uno de los dos, y en la mayoría de las ocasiones su

²⁶³ Graham, James, *Teoría General de Derecho Internacional. Derecho internacional público-Derecho internacional privado*, op. cit., pp. 69-70.

²⁶⁴ Tesis P. C./92, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, núm 60, diciembre de 1992, p. 27.

²⁶⁵ Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917. Longevidad casi centenaria*, op. cit., p. 563

elección se basaba en la norma que mejor conocía.”²⁶⁶

Como ya había sido mencionado, esta tesis fue a su vez abandonada con base en el criterio sustentado por el propio Tribunal Pleno al resolver, el 11 de mayo de 1999, el amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, sosteniendo en dicho asunto que los tratados internacionales están en una jerarquía superior sobre el derecho federal y el local, salvo que la Constitución General de la República señale algún caso especial.

De dicha resolución derivó la tesis P. LXXVII/99, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, noviembre de 1999, página 46, Registro IUS: 192867, cuyo rubro y texto son del tenor siguientes:

“TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su

²⁶⁶ Del Rosario Rodríguez, Marcos, *La cláusula de supremacía constitucional. El artículo 133 constitucional a la luz de su origen, evolución jurisprudencial y realidad actual*, México, Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2011, Núm. 40. p.164

ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal."²⁶⁷

La tesis transcrita reafirma la supremacía constitucional y al mismo tiempo reconoce el antes mencionado *rango supralegal* de los tratados internacionales, en relación con la misma, Jorge Carpizo explica lo siguiente:

"Consideramos que la tesis de jurisprudencia que deroga a las otras, es correcta y muy importante, por las siguientes razones:

"a) sostiene que los tratados se encuentran situados inmediatamente debajo de la Constitución y por encima de la ley federal y de la ley local;

"b) menciona a las leyes constitucionales, y aunque expresamente no admite su existencia, realmente sí la acepta, porque si no fuera así, no podría llegar a la conclusión de que en México no existe jerarquía entre la ley federal y la ley local.

"c) al realizar la mencionada interpretación respeta el recto sentido de varios y muy importantes artículos de nuestra Constitución..."²⁶⁸

Posteriormente, el Pleno de la SCJN emitió la tesis P. IX/2007, visible en la Novena Época Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXV, Abril de 2007, página 6, Registro IUS: 172650, cuyo rubro y texto disponen lo siguiente:

"TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY

²⁶⁷ Tesis P. LXXVII/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo X, noviembre de 1999, p. 46.

²⁶⁸ Carpizo, Jorge, *Temas Constitucionales.*, op. cit., p. 441. Para una crítica a la argumentación que sustenta la tesis en comento véase, Cossío, José Ramón, *Bosquejos Constitucionales*, México, Editorial Porrúa, 2004, pp.565-573

SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional."²⁶⁹

El criterio sostenido al resolver el amparo en revisión 120/2002 "consiste en entender que la Constitución General de la República, los Tratados Internacionales que estén de acuerdo con ella y las Leyes Generales del Congreso de la Unión (en ese orden), conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional, por debajo del cual, a su vez, se ubicarían las leyes federales/locales"²⁷⁰.

Para Marcos del Rosario Rodríguez, lo novedoso de la tesis transcrita consiste en la aparición de las leyes generales como un tipo de normas pertenecientes a la escala normativas, a juicio del citado autor:

"Con esta nueva interpretación, la Constitución se mantiene en el pináculo del orden jerárquico, confirmando en segundo lugar de la escala a los Tratados Internacionales *in genere*. Es en el tercer nivel donde se incluye a las leyes generales, que junto con la Constitución y los Tratados Internacionales, viene a configurar un bloque parcial de constitucionalidad, al dotarle de una identidad distinta a la del resto de los ordenamientos, concibiendo dicho bloque como un orden verdaderamente supremo."²⁷¹

Sin embargo, a raíz de la reforma de 2011 al artículo 1º constitucional, el

²⁶⁹ Tesis P. IX/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXV, abril de 2007, p. 6.

²⁷⁰ Silva Meza, Juan N. y Silva García, Fernando, *Derechos Fundamentales*, op. cit, pp. 378-379.

²⁷¹ Del Rosario Rodríguez, Marcos, *La cláusula de supremacía constitucional. El artículo 133 constitucional a la luz de su origen, evolución jurisprudencial y realidad actual*, Op cit. p.175-178.

sistema jurídico se ve modificado de tal manera que los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos²⁷² se colocan en tal posición, dentro de la jerarquía normativa, que adquieren el llamado *rango constitucional*²⁷³. Lo anterior implica que el conflicto entre leyes y derechos humanos contenidos en los tratados internacionales deja de ser, por disposición expresa de la CPEUM, un problema de carácter infraconstitucional, para convertirse en un verdadero problema de constitucionalidad²⁷⁴, que no podrá ser superado a partir de la idea de una relación jerárquica.

En relación con los beneficios que representa la modificación antes apuntada, Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez en han expuesto lo

²⁷² Tal como lo considera Carmona Tinoco, el texto del artículo 1º constitucional “no hace referencia únicamente a los tratados internacionales de derechos humanos, sino a los derechos humanos previstos en los tratados internacionales; esto es, se amplía el espectro tomando en cuenta el criterio de los derechos, y no el de los instrumentos que los contienen. En pocas palabras, se contemplan no sólo los tratados cuya naturaleza y esencia sea de derechos humanos, sino también las disposiciones que contengan tales derechos, así se encuentren en tratados internacionales que no formen parte del grupo reconocido de tratados de derechos humanos...” Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma.*, Op. cit., p. 45. La cuestión resulta trascendental, tal como lo recuerdan Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez cuando afirman que dicho tema fue “Un aspecto relevante de esta materia –que fue objeto de modificaciones en los distintos dictámenes y minutas de la reforma- es el relativo a “los derechos humanos reconocidos (...) en los tratados internacionales *de derechos humanos* ratificados por el Estado mexicano”. Esta mención fue recogida por el DD-IV-2009 y en el DS-IV-2010, y modificada por la Cámara de Diputados en diciembre de 2010 – en el seno de una nueva legislatura, la LXI, como mencionamos- para quedar en los siguientes términos: “los derechos humanos reconocidos (...) en los *tratados internacionales* de los que el Estado mexicano sea parte”. La expresión abarca tratados internacionales que no son –desde una visión estricta- instrumentos sobre derechos humanos, pero contienen derechos de esa naturaleza. El DD-XII-2010 procuró ampliar la recepción y protección de los derechos humanos de fuente internacional y para ello propuso excluir el señalamiento adoptado por los senadores en el sentido de que se tratase derechos humanos previstos en tratados de esta materia. Razonó: conviene “ampliar la protección de los derechos humanos que puedan derivar de cualquier tratado internacional del que México sea parte, sin que tenga necesariamente por objeto la protección de los derechos humanos. Por lo tanto, mantener la redacción que propone el Senado en torno al goce de aquellos que solamente sean materia de derechos humanos limitaría el reconocimiento histórico de los derechos previstos en otros instrumentos en los que se contempla la dignidad humana”. García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, Op. cit., p. 84-85.

²⁷³ Al igual que el resto de los tratados internacionales, aquellos referentes a derechos humanos se pueden situar en cuatro diversas posiciones con respecto a la Constitución y las leyes ordinarias: a) supraconstitucional; b) constitucional; c) supralegal; y d) legal; Véase Ayala Corao, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Colección FUNDAP, Derecho, Administración y Política, México, 2003, p. 43-61.

²⁷⁴ Silva Meza, Juan N. y Silva García, Fernando, *Derechos Fundamentales*, Op. cit., p. 380.

siguiente:

“Ante el reto de transformar en acción la retórica de los derechos humanos, la experiencia internacional ha demostrado que elevar a rango constitucional los tratados internacionales de derechos humanos fortalece los mecanismos de exigibilidad y justiciabilidad de los derechos contenidos en los instrumentos internacionales, y además ofrece otros beneficios, como los siguientes: a) vincula todo el ordenamiento jurídico a los derechos contenidos en los tratados; b) nulifica los actos del poder público que violen los derechos contenidos en los tratados internacionales; c) incorpora los tratados al bloque de constitucionalidad; d) establece responsabilidad de las autoridades que violen derechos contenidos en los tratados; e) instaure la obligación de los jueces de aplicar los tratados internacionales; f) da exigibilidad al principio “pro persona”; g) reconoce la operatividad inmediata de los tratados; h) garantiza la aplicación de la jurisprudencia internacional; i) brinda protección a las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos, ya prevista en la reforma al artículo 103 constitucional; y j) establece que la denuncia de los tratados internacionales de derechos humanos sólo podrá hacerse por los mecanismos previstos en la propia Constitución para la reforma de ésta.”²⁷⁵

Ahora bien, derivado de lo anterior y desde la perspectiva de las fuentes del derecho, debe reconocerse que los tratados en materia de derechos humanos vinculan al resto del ordenamiento jurídico, el cual debe sujetarse a ellos al igual que a la propia Constitución, de allí que las normas jurídicas inferiores que violen o menoscaben los derechos reconocidos por los tratados sobre derechos humanos serán nulas²⁷⁶; idea que, como se verá más adelante, constituye el punto de partida para considerar que el nuevo sistema constitucional debe ser analizado a la luz del pluralismo constitucional.

De conformidad con lo hasta aquí apuntado, debe considerarse que la reforma al artículo 1º, en relación con el contenido del artículo 133 de la CPEUM, tiene como consecuencia que desde una “perspectiva formal y nacional, todos los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales incorporados a nuestro sistema jurídico se ubican jerárquicamente por debajo de la Constitución Federal (por estar sujetos a un control de regularidad constitucional); sin embargo, desde una perspectiva material, conforman un

²⁷⁵ García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, op. cit, pp. 83-84

²⁷⁶ Ayala Corao, Carlos, *Del Diálogo Jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, Núm. 72. p.231.

orden jurídico superior²⁷⁷, o en otras palabras, los derechos humanos de fuente internacional se constituyen en parámetro de regularidad del resto de las normas del ordenamiento jurídico.

Esto fue expuesto por el Pleno SCJN en la tesis P.LXVIII/2011, visible en la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación, Libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, p.551, Registro IUS: 160526, cuyo rubro y texto disponen lo siguiente:

“PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. El mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.”²⁷⁸

En conclusión, queda claro que, derivado de la reforma al artículo 1º constitucional, existe un cambio en el sistema de fuentes del derecho en virtud de que la propia Constitución modificó el valor normativo de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales, de tal manera que se constituyen como condición de validez o vigencia del resto de las normas del orden jurídico mexicano y su relación con las normas constitucionales no puede entenderse en términos jerárquicos.

Ahora bien, si bien en las líneas anteriores se ha expuesto la posición de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales en su relación con el resto de las normas, debemos considerar también que la reforma al artículo 15º constitucional incorpora una peculiaridad en el sistema de fuentes al

²⁷⁷ Silva Meza, Juan N. y Silva García, Fernando, *Derechos Fundamentales*, op. cit, p. 401.

²⁷⁸ Tesis P. LXVIII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro III, tomo 1, diciembre de 2011, p. 551.

establecer una distinción jerárquica entre tratados internacionales, tal como se procede a explicar.

II.4.2 La reforma al artículo 15 constitucional y el sistema de fuentes del derecho

A manera de introducción, es de mencionarse que hasta antes de la RCDH, el artículo 15 de la CPEUM no había sido objeto de modificación alguna desde su incorporación al texto constitucional en 1917, por lo que, tal como lo señala Carmona Tinoco, “su redacción no es del todo acorde con los desarrollos conceptuales más modernos sobre las materias que lo conforman, pues es casi idéntica a la del artículo 15 de la Constitución de 1857”²⁷⁹.

Ahora bien, para efectos de mayor claridad en las modificaciones y adiciones que introduce la RCDH en relación con la redacción del artículo 15 constitucional, nos permitimos insertar el siguiente cuadro comparativo:

TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA	TEXTO REFORMADO EN 2011
Artículo 15. No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de lo que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano.	Artículo 15. No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de lo que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Como se puede apreciar en el cuadro anterior, la redacción actual

²⁷⁹ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma.*, op. cit., p. 48.

modificó la parte relativa a las garantías individuales para adaptarla a la denominación de “derechos humanos” reconocidos tanto en nuestro texto constitucional como en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, armonizando de ésta forma su contenido con el del artículo 1º constitucional. La esencia de dicho precepto es el acogimiento constitucional de los principios de adquisición definitiva y progresividad de los derechos humanos, desautorizando el retroceso a través de la celebración de dichos tratados internacionales y prohijando el avance por el mismo medio.²⁸⁰

Por lo que respecta al impacto que tiene la modificación expuesta en el sistema de fuentes del derecho en el orden jurídico mexicano, la misma consiste en que, si bien derivado de la anterior redacción se reconocía la imposibilidad jurídica de celebrar tratados que se opusieran a la norma constitucional, la nueva redacción del artículo 15 constitucional, ahora también se reconoce dicha imposibilidad jurídica en relación con la celebración de tratados internacionales que afecten derechos humanos contenidos en convenios previos de dicha naturaleza celebrados por el Estado Mexicano²⁸¹.

En este sentido, y tal como se había mencionado anteriormente, de la redacción final del artículo 15 constitucional se desprende la posibilidad de ejercer un control de convencionalidad respecto de otros tratados internacionales²⁸², ya que, tal como lo establece dicho precepto: no se podrán celebrar tratados o convenios que alteren los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que México sea parte.

De igual forma, para efectos del presente apartado, debe considerarse que el órgano reformador de la Constitución establece una amplia tutela constitucional en la medida que no condiciona la posición de los tratados en el sistema de fuentes con base en la materia que regulan los tratados

²⁸⁰ García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, op. cit. p. 135.

²⁸¹ *Id.*

²⁸² Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma.*, op. cit., p. 50.

internacionales, sino a la presencia de derechos humanos en dichos tratados²⁸³, por lo que no se circunscribe la condición de validez a que el tratado previamente celebrado sea “relativo” a derechos humanos, entendido que lo que aquellos tratados o convenios tienen como “objeto y propósito es el reconocimiento y la protección de los derechos de la persona humana”²⁸⁴.

Lo anterior resulta importante en la medida que, conforme al artículo 15 constitucional, no sólo los tratados internacionales relativos a derechos humanos integran el parámetro de validez del resto del ordenamiento jurídico, sino que dicha posibilidad le es reconocida a todo tratado internacional que reconozca derechos humanos aún y cuando no sea su “objeto y propósito”²⁸⁵.

La existencia de tratados con las características apuntadas ha sido reconocida por la propia CoIDH en la opinión consultiva OC-16/90 de 1 de octubre de 1990, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, donde se establece lo siguiente:

“76. Por otra parte, México no solicita al Tribunal que interprete si el objeto principal de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es la protección de los derechos humanos, sino si una norma de ésta concierne a dicha protección, lo cual adquiere relevancia a la luz de la jurisprudencia consultiva de este Tribunal, que ha interpretado que un tratado puede concernir a la protección de los derechos humanos, con independencia de cuál sea su objeto principal. Por lo tanto, aun cuando son exactas algunas apreciaciones presentadas al Tribunal sobre el objeto principal de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en el sentido de que ésta es un tratado destinado a “establecer un equilibrio entre Estados”, esto no obliga a descartar, de plano, que dicho Tratado pueda concernir a la protección de los derechos fundamentales de la persona en el continente

²⁸³ García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, op. cit. p. 135.

²⁸⁴ Ayala Corao, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, op. cit., p. 62-63.

²⁸⁵ Para Ayala Corao existen casos en los que “aunque los tratados no tienen el objeto propio de reconocer derechos humanos, sí poseen por propósito la protección de las víctimas de violación de los derechos humanos o asegurar la investigación y sanción de los responsables de los crímenes internacionales contra los derechos humanos. Tal es el caso del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI). En otros casos, aunque el objeto y fin de todo el tratado no sea el reconocimiento de los derechos de la persona humana y su protección, puede ser que éste contenga una norma o un grupo de éstas que conciernen a esta materia. Tal es el caso, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la cual contiene normas sobre la notificación o aviso consular de nacionales, que conforme a la Corte IDH son normas que conciernen a los derechos humanos.” En: *Ibid.*

americano.”²⁸⁶

Lo anterior implica una modificación en el sistema de fuentes toda vez que se modifica el valor normativo de los tratados internacionales de modo que de tal manera que, independientemente de su objeto y propósito, los convenios de dicha naturaleza celebrados con anterioridad condicionan la validez o vigencia de otros tratados internacionales con los cuales formalmente comparten el mismo rango jerárquico-normativo.

Precisado lo anterior, procedemos al estudio de la posición de la CoIDH y de sus sentencias en el orden jurídico mexicano, lo anterior en virtud de que no obstante que el Estado Mexicano aceptó su jurisdicción con anterioridad a la citada reforma, es a partir de la misma que cambia la concepción de la fuerza normativa de sus decisiones.

II.5 La CoIDH en el nuevo sistema de control de constitucionalidad en México

II.5.1 Antecedentes y evolución del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

La doctrina ha reconocido que si bien existen numerosos antecedentes en la formación del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, dentro de los casos directamente asociados a la construcción de dicho sistema, de capital importancia en su construcción resulta la Conferencia sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, reunida en la Ciudad de México de 21 de febrero al 8 de marzo de 1945²⁸⁷, y toda vez que en dicha reunión hubo planteamientos en torno a la tutela convencional de los derechos humanos, tal como se desprende de la Resolución XL relativa a la “Protección internacional

²⁸⁶ “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso” Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A. No. 16. Párr. 76. Resulta relevante a su vez la Opinión Consultiva OC-1/82, “Otros tratados”, de 24 de septiembre de 1982. Serie A. No. 1.

²⁸⁷ García Ramírez, Sergio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa-UNAM, 2015, p. 7; Ayala Corao, Carlos, “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ta. ed. Tomo II, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, p. 1478; González Morales, Felipe, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, op. cit., p. 29.

de los derechos esenciales del hombre”, aprobada en la sesión plenaria del día 7 de marzo de 1945, la cual en sus puntos resolutivos determinó lo siguiente:

“1º. Proclamar la adhesión de las Repúblicas Americanas a los principios consagrados en el Derecho Internacional para la salvaguardia de los derechos esenciales del hombre y pronunciarse a favor de un sistema de protección internacional de los mismos.

“2º. Encomendar al Comité Jurídico Interamericano la redacción de un anteproyecto de la Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre que será sometido por conducto de la Unión Panamericana a todos los Gobiernos del Continente, a fin de que éstos formulen las observaciones que estimen pertinentes en el plazo máximo de seis meses para que dicho Comité esté en posibilidad de redactar un proyecto definitivo del instrumento interamericano en cuestión.

“3º. Encargar al Consejo Directivo de la Unión Panamericana de la convocatoria de la Conferencia Internacional de Jurisconsultos Americanos una vez que el Comité haya elaborado dicho proyecto así como los demás cuya preparación le confíe la presente Conferencia, a fin de que la declaración sea adoptada en forma de Convención por los Estados del Continente.”²⁸⁸

Es de esta forma en que se comenzó a diseñar un programa con el propósito de que los derechos del hombre quedasen consignados en una Declaración adoptada en forma de Convención por parte de los Estados integrantes del Continente, que incluía la incorporación de instituciones especializadas en la defensa de los derechos humanos²⁸⁹.

Posteriormente, en 1948 se reunió en Bogotá, Colombia, la Novena Conferencia Internacional Americana en cuyo orden del día figuraban algunos instrumentos centrales del sistema interamericano, adoptando en consecuencia la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes adoptada el 2 de mayo de 1948. En la citada conferencia, hubo planteamientos en torno a la creación de un tribunal encargado de la tutela jurisdiccional de los derechos del hombre tal como se desprende de la Resolución XXXI relativa a la “Corte Interamericana para

²⁸⁸ “Conferencias Internacionales Americanas. Segundo suplemento 1945-1954”, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1956, Dirección General del Acervo Histórico Diplomático de la Secretaría de Relaciones Exteriores, p. 52 y 53 en: Biblioteca Digital Daniel Cosío Villegas, (Documento web) http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam_2_suplemento_1945_1954/base2.htm, Fecha de consulta: 14 de junio de 2016.

²⁸⁹ García Ramírez, Sergio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit. p.8

Proteger los Derechos del Hombre”²⁹⁰.

No obstante lo anterior, la Décima Conferencia Interamericana celebrada en Caracas, Venezuela, en 1954 determinó en su Resolución XXIX, relativa a la “Corte Interamericana para Proteger los Derechos Humanos” que dada la importancia del asunto, convenía que fuera considerado por la Undécima Conferencia Interamericana (la cual nunca se llevó a cabo), resolviendo en consecuencia que el Consejo de la Organización de los Estados Americanos continuara los estudios acerca de la protección jurisdiccional de los derechos humanos “sobre la base de los proyectos ya existentes y a la luz de su propia experiencia, analizando la posibilidad de que se llegue a establecer una Corte Interamericana para Proteger los Derechos Humanos”²⁹¹.

Es de esta forma que, desde 1948 hasta 1959, el sistema interamericano no contó con mecanismos institucionales encargados de tutelar los derechos reconocidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, dejando dicha protección a la “autonomía, iniciativa y soberanía de cada uno de los Estados”, lo anterior en virtud de no contar con garantías internacionales efectivas en caso de ser violados²⁹².

En el año 1959, la Organización de Estados Americanos, decidió crear un

²⁹⁰ En dicha resolución se reconoce que los derechos del hombre internacionalmente reconocidos deben tener una protección adecuada, misma que para su eficacia debe ser garantizada por un órgano jurídico internacional, razón por la cual se recomienda que “el Comité Jurídico Interamericano elabore un proyecto de estatuto para la creación y funcionamiento de una Corte Interamericana destinada a garantizar los derechos del hombre. Ese proyecto, después de ser sometido al examen y a las observaciones de los Gobiernos de todos los Estados Americanos, deberá ser remitido a la X Conferencia Interamericana para que ésta lo estudie si considera que ha llegado el momento para una decisión sobre la materia.” En: “Conferencias Internacionales Americanas. Segundo suplemento 1945-1954”, *op. cit.*, p. 210.

²⁹¹ *Ibid.* p. 311-312. A juicio de Felipe González Morales, el Comité “consideró prematuro el preparar dicho estatuto, aduciendo que ello debía estar precedido por la suscripción de un tratado general sobre derechos humanos por la OEA”. Véase: González Morales, Felipe, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 30.

²⁹² Lo anterior, sostiene Ayala Corao, contrastó entonces con el sistema europeo de derechos humanos, que desde 1950 contaba con una Convención, que además de consagrar en su texto los derechos fundamentales, estableció la creación de una Comisión y una Corte europeas como órganos de protección internacional.” En: Ayala Corao, Carlos, “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional” en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, *op. cit.* p. 1478.

órgano de protección en materia de derechos humanos²⁹³, tal como se desprende de las resoluciones tomadas en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile²⁹⁴, la cual en la Conclusión VIII, Resolución II del Acta Final, resolvió crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se compondrá de siete miembros elegidos a título personal de ternas presentadas por los gobiernos, y por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, encargada de promover el respeto a tales derechos, la cual será organizada por el mismo Consejo y tendrá las atribuciones específicas que éste le señale²⁹⁵.

El Consejo de la Organización de Estados Americanos aprobó el Estatuto de la Comisión el 25 de mayo de 1960, instalándose formalmente el 3 de octubre del mismo año en su sede permanente en la ciudad de Washington, D.C. Dicho Estatuto rigió a la Comisión hasta 1965, cuando la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Río de Janeiro, acordó modificarlo para ampliar las funciones y facultades de la Comisión²⁹⁶.

²⁹³ Sostiene González Morales que la creación de la CIDH se da “como reacción a la Revolución Cubana y a la información que circulaba de que la dictadura de Trujillo en República Dominicana había intentado asesinar al Presidente de Venezuela, que se adoptó la decisión de establecer la CIDH, lo cual ocurrió en una Reunión de Consulta de Cancilleres celebrada en Santiago de Chile. El hecho de que se tratara de una Reunión de Consulta y no de un encuentro regular, pone de manifiesto la contingencia de la creación de la Comisión”, en González Morales, Felipe, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, op. cit., p. 31.

²⁹⁴ García Ramírez, Sergio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit., p. 11.

²⁹⁵ Acta Final de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Santiago de Chile, 12 a 18 de Agosto de 1959, p. 11 en: Organización de Estados Americanos, (Documento web) <http://www.oas.org/consejo/sp/RC/Actas/Acta%205.pdf>, Fecha de consulta: 22 de junio de 2016. Cabe mencionar que en la parte I de la citada Resolución, se determinó que el Consejo Interamericano de Jurisconsulto debía proceder a elaborar, en su Cuarta Reunión, un proyecto de Convención sobre derechos humanos, pasando el encargo, si no lo hiciere, al Consejo de la Organización de los Estados Americanos, que comisionará para ese efecto al Comité Jurídico Interamericano o a la entidad que estime conveniente; y que asimismo procediera a elaborar el proyecto o proyectos de convención sobre la creación de una Corte Interamericana de Protección de los Derechos Humanos y de otros órganos adecuados para la tutela y observancia de los mismos.

²⁹⁶ “La Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro, 1965), modificó el Estatuto de la Comisión ampliándolo y fortaleciéndolo en la forma adecuada para el más eficaz cumplimiento de sus funciones, reconociendo, además, (Resolución XXII) que la CIDH había “prestado un valioso servicio al cumplir su cometido”. El Estatuto de 1960 quedó modificado de la siguiente manera: i) La facultó para prestar “particular atención” a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los Artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV Y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre; ii) La autorizó para examinar las

Posteriormente, con motivo de la tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria de Buenos Aires, se suscribió el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, de 1967, mediante el cual se asignó a la Comisión como función principal la tarea de “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”²⁹⁷. Es de esta forma, sostiene García Ramírez, que la Comisión Interamericana queda formalmente contemplada por el instrumento de mayor rango en el orden jurídico de la Organización de Estados Americanos²⁹⁸.

El 22 de noviembre de 1969, la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, convocada por el Consejo Permanente de la OEA, aprobó la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, misma que entró en vigor el 18 de julio de 1978, al depositar Grenada, el undécimo instrumento de ratificación²⁹⁹. Dicho instrumento crea a su vez la CoIDH³⁰⁰, “con jurisdicción

comunicaciones que le fueran dirigidas y cualquier otra información disponible; para que se dirigiera a los gobiernos de los Estados Miembros “con el fin de obtener las informaciones que considerara pertinentes y les formulara recomendaciones... para hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales” y, iii) Le solicitó que rindiera un informe anual a la entonces Conferencia Interamericana o a la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores con el objeto de examinar, al nivel ministerial, el progreso y la protección de los derechos humanos. En el ejercicio de su mandato la CIDH debería verificar, como medida previa, si los procesos y recursos internos de cada Estado Miembro habían sido debidamente aplicados y agotados.” en: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, Capítulo I. Origen y Bases Jurídicas de la CIDH, (Documento web) <https://www.cidh.oas.org/annualrep/86.87sp/cap.1.htm>, Fecha de consulta: 22 de junio de 2016.

²⁹⁷ “La nueva versión de la Carta le otorgó a la Comisión la función expresa de “velar por la observancia de tales derechos humanos entendidos como tales los consagrados en la Declaración Americana”, mientras no entrara en vigor al Convención Americana sobre Derechos Humanos. De esta manera no sólo la Comisión sino la propia Declaración Americana obtuvieron una base jurídica sólida en la propia Carta de la OEA”. En: Ayala Corao, Carlos, “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit. p. 1480.

²⁹⁸ García Ramírez, Sergio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit., p. 12.

²⁹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, Capítulo I. Origen y Bases Jurídicas de la CIDH, (Documento web) <https://www.cidh.oas.org/annualrep/86.87sp/cap.1.htm>, Fecha de consulta: 28 de junio de 2016.

³⁰⁰ En el PREAMBULO de la CADH, se establece lo siguiente: “Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencias y procedimiento de los órganos encargados de esa materia”. Posteriormente en la PARTE II de la CADH, relativa a los MEDIOS DE LA PROTECCIÓN, CAPÍTULO VI-DE LOS ÓRGANOS COMPETENTES, artículo 33 se establece

contenciosa para los casos individuales, y con jurisdicción consultiva para la interpretación de la propia Convención y los demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y la compatibilidad de las leyes de los estados.”³⁰¹.

La CoIDH quedó integrada el 22 de mayo de 1979, los Estados Partes en la Convención Americana eligieron, durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los primeros jueces que la compondrían, siendo su primera reunión los días 29 y 30 de junio de 1979, en la sede de la OEA en Washington, D.C.³⁰² Por su parte el Estatuto de la CoIDH se aprobó mediante Resolución No. 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA, en su Noveno Período de Sesiones, celebrado en la ciudad de La Paz, Bolivia, en octubre de 1979, entrando en vigor el 1º de enero de 1980, año en que se aprobó por la CoIDH, su primer Reglamento en el III Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 30 de junio al 9 de agosto de 1980³⁰³.

Como se puede apreciar, y siguiendo a Antonio Augusto Cancado Trindade, la formación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha seguido diversas etapas tales como 1) la de los antecedentes, la cual se encuentra marcada por la mezcla de instrumentos de efectos jurídicos variables; 2) la de formación del sistema interamericano de protección, momento en el cual es creada la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su gradual expansión de facultades; 3) la de internacionalización convencional del sistema, a partir de la entrada en vigor de la Convención Americana de Derechos Humanos; 4) la consolidación del sistema de protección, a partir de la década de

que los órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes, son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁰¹ A diferencia de la Comisión, la CoIDH no es un órgano principal de la Carta de la OEA, sino convencional, por lo que sólo puede ejercer su jurisdicción contenciosa sobre los estados que expresamente hayan aceptado dicha jurisdicción”, Ayala Corao, Carlos, “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit. pp. 1480-1484.

³⁰² Historia de la Corte IDH, (Documento web) <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh>, Fecha de consulta: 5 de julio de 2016.

³⁰³ Herrera Pérez, Jairo Enrique, “Pasado, presente y futuro de la jurisdicción interamericana de derechos humanos” en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Escalante López Sonia, *Derechos Procesal de los Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2012, Núm. 91. p.174.

los ochentas, mediante la construcción jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la adopción de diversos Protocolos y Convenciones Interamericanas sectoriales.³⁰⁴

Precisado lo anterior, procederemos al estudio de la CoIDH, exponiendo principalmente sus facultades consultivas y jurisdiccionales, toda vez que son precisamente las resoluciones que emite y los elementos del «diálogo jurisprudencial» entre dicho organismo internacional y los jueces nacionales en México.

II.5.2 Las funciones consultiva y contenciosa de la CoIDH

Como se dilucidó en el apartado anterior, la CoIDH es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la CADH, ejerciendo sus funciones de conformidad con las disposiciones de dicha Convención, así como de su propio Estatuto³⁰⁵. De conformidad con el artículo 2º del Estatuto de la CoIDH, dicho organismo ejerce sus función jurisdiccional y consultiva, mismas que procederemos a analizar.

Si bien el Estatuto de la CoIDH hace una clara distinción entre las funciones consultiva y jurisdiccional de dicho órgano, un sector de la doctrina ha considerado a la primera como una vertiente de la segunda³⁰⁶; en este sentido,

³⁰⁴ A juicio de Cancado Trindade existe a su vez una quinta etapa, que denomina “perfeccionamiento del mecanismo de protección de la Convención Americana en este inicio de siglo XXI”, sin embargo, dicha etapa no resulta relevante para efectos de la presente investigación. Cancado Trindade, Antonio Augusto, “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-2001)” en: Gómez Isa, Felipe y Pureza, José Manuel, *La protección internacional de los derechos Humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, p.549 y 550.

³⁰⁵ Artículo 1 del Estatuto de la CoIDH.

³⁰⁶ Tal es el caso de García Ramírez quien al referirse a la función jurisdiccional ha sostenido lo siguiente: “En lo que respecta a la jurisdicción propiamente, el *jus dicere*, la definición normativa con respecto a las cuestiones propuestas a su examen y determinación, la Corte dispone de facultades que se despliegan, a mi modo de ver, en cuatro vertientes, aun cuando los analistas de la materia suelen referirse a dos de ellas, que examinaré en primer término: consultiva, contenciosa, preventiva y ejecutiva.” García Ramírez, Sergio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit., p. 51. En el mismo sentido se ha pronunciado el Rodolfo E. Piza Escalante, quien ha sostenido que: “... lo que caracteriza de una manera más precisa la función jurisdiccional es que la *declaración, interpretación y, en su caso, aplicación del Derecho* constituye para el órgano jurisdiccional su *específica finalidad*, a diferencia de las demás funciones jurídicas, cuyo objeto es, o *crear* el Derecho, o satisfacer necesidades e intereses

Juan Carlos Hitters ha sostenido lo siguiente:

“Existen algunas dudas en doctrina con respecto a la naturaleza jurídica de la función consultiva, en el sentido de si estamos ante una tarea jurisdiccional o no. Elucidar la problemática nos llevaría demasiado tiempo, y escaparía a nuestro propósito. No obstante ello y si nos adscribimos a la teoría del órgano, la conclusión no admite replica, pues parte de la base de que toda la actividad de un tribunal –como el interamericano- es jurisdiccional, por ser un cuerpo de esencia judicial.

“Las discrepancias entre los autores surgen con mayor énfasis cuando se pretende saber si tales dictámenes son o no vinculantes, y aquí, si bien es cierto que en principio la respuesta es negativa, no lo es menos que en la realidad estos pronunciamientos originan un efecto similar al de la jurisdicción contenciosa, ya que –como dijimos- son voluntariamente acatados por sus destinatarios, sin reparos. Tan es ello así que en la Opinión Consultiva 3 –sobre las restricciones a la pena de muerte- el gobierno de Guatemala luego que se expidió la Corte, dispuso la abolición de ese castigo máximo.

“Puede decirse, -en suma- que no obstante que tales opiniones no son obligatorias, su fuerza radica en la autoridad moral y científica de la Corte, y si bien su esencia es típicamente asesora, no por ello deja de ser jurisdiccional, y tiene por objeto coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los estados americanos, en lo que concierne a la protección de los derechos humanos”³⁰⁷

Por su parte, la propia CoIDH ha determinado en relación con la emisión de opiniones consultivas que “aun cuando la opinión consultiva de la Corte no

jurídicamente tutelados, de *conformidad, sí con el Derecho*, pero sin que éste constituya su *específica finalidad*, de manera que, en este sentido, habrá función jurisdiccional, en general, cuando la actividad sea de un *órgano judicial imparcial*, y tenga por objeto *declarar el Derecho como tal*, aunque no se trate de resolver casos concretos o no exista siquiera una controversia que dirimir. Así, la función del Tribunal Interamericano es jurisdiccional, tanto si se trata de aplicar el Derecho de la Convención a los casos y controversias concretos, mediante una *sentencia* con la autoridad específica de la *cosa juzgada*, que es el objeto de su JURISDICCIÓN CONTENCIOSA, cuanto si de interpretarlo en abstracto, en los casos de duda, mediante una *opinión* de carácter *técnico no vinculante*, a través de su JURISDICCIÓN CONSULTIVA. en: Piza Escalante, Rodolfo E., “La jurisdicción contenciosa del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos”, en Varios, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p.159-160, (Documento web) en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1996/10.pdf>, fecha de consulta: 18 de julio de 2016. En el mismo sentido Pedro Nikken sostiene que “cuando la Corte responde una consulta, ejerce una función jurisdiccional, en los términos contemplados en la Convención Americana y en el Estatuto de la misma Corte”, en: Nikken, Pedro, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p. 171, (Documento web) en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/10.pdf>, Fecha de consulta 6 de septiembre de 2016.

³⁰⁷ Hitters, Juan Carlos, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 años de vigencia)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit. p. 1669-1670.

tiene el carácter vinculante³⁰⁸ de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables”³⁰⁹. Robustece lo anterior el contenido del artículo 73, que establece que una vez recibida una solicitud de opinión consultiva el Secretario transmitirá copia a todos los Estados miembros, a la Comisión, al Consejo Permanente a través de su Presidencia, al Secretario General y a los órganos de la OEA a cuya esfera de competencia se refiera el tema de la consulta; fijando, la Presidencia, un plazo para que los interesados remitan sus observaciones escritas.

A partir de las anteriores consideraciones y para efectos de la presente investigación, se considerará que las Opiniones Consultivas emitidas por la CoIDH forman parte de su función jurisdiccional y por lo tanto dichas determinaciones constituyen elementos del «diálogo jurisprudencial» que puede desarrollarse entre el citado tribunal internacional y los jueces nacionales, tal como se puede evidenciar de algunos criterios emitidos por los órganos jurisdiccionales de nuestro país.

Ahora bien, para efectos de claridad en la presente investigación y siguiendo a un importante sector de la doctrina, la función jurisdiccional referida en el artículo 2 del Estatuto de la CoIDH será denominada función contenciosa, considerando de esta forma a la función jurisdiccional como el género que abarca a las competencias que se analizarán a continuación.

II.5.2.1 La función contenciosa de la CoIDH.

a) Legitimación

La función contenciosa de la CoIDH “comprende todos los casos individuales relativos a la interpretación o aplicación de la CADH, referidos a las

³⁰⁸ La Corte, sostiene García Ramírez, ha entendido que revisten alto rango jurídico y ético, pero no poseen valor vinculante para los Estados americanos; ni siquiera para el que formuló el planteamiento. En la doctrina hay pronunciamientos diferentes: las opiniones tienen fuerza vinculante.” García Ramírez, Sergio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cit.*, p. 54.

³⁰⁹ “Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)” Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997. Serie A. No. 15. Párr. 51.

demandas de violación de los derechos reconocidos en dicho instrumento”,³¹⁰ sin embargo, sólo son determinados sujetos los que puede acceder a dicha función, es decir sujetos legitimados activa o pasivamente, la primera legitimación entendida como la facultad de un sujeto para iniciar un proceso, mientras la segunda se refiere a la situación de aquel sujeto de derecho en contra del cual se quiere enderezar el proceso³¹¹, mismos que procederemos a analizar.

Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resolver sobre la pertinencia de formular demandas ante la CoIDH, en este sentido, el artículo 45 del Reglamento de la Comisión dispone que si el Estado en cuestión, es decir aquél Estado parte en la Convención que con su actuación u omisión motivó la presentación de la petición ante la Comisión³¹², ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, y si la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo con el artículo 50 de la CADH³¹³, someterá el caso a la Corte, salvo la decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión, considerando fundamentalmente la

³¹⁰ Ayala Corao, Carlos, *Del Diálogo Jurisprudencial al control de convencionalidad*, op. cit. p.52.

³¹¹ “La legitimación jurídica debe entenderse como una situación del sujeto de derecho, en relación con determinado supuesto normativo que lo autoriza a adoptar determinada conducta. En otras palabras, la legitimación es una autorización conferida por la ley, en virtud de que el sujeto de derecho se ha colocado en un supuesto normativo y tal autorización implica el facultamiento para desarrollar una actividad o conducta.” Cfr. Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General de Proceso*, 10ª edición, México, Oxford University Press, 2004, p. 222.

³¹² En términos del artículo 23 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de la Convención por un Estado parte.

³¹³ Artículo 50. 1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e. del artículo 48. 2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo. 3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.

obtención de justicia en el caso particular.³¹⁴

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva, de conformidad con el artículo 62.1 de la CADH, para que la CoIDH pueda llevar a cabo su tarea jurisdiccional necesita de una adhesión o ratificación especial de los estados, la cual puede efectuarse en el momento del depósito del instrumento respectivo, o en cualquier momento posterior, declarando que “reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación “ de la CADH.³¹⁵

Al explicar el artículo 62 de la CADH, García Ramírez sostiene que la manifestación soberana de voluntad, a través de la cual un estado queda vinculado a la función jurisdiccional de la CoIDH, puede tener diversa amplitud:

“...para todos los casos que pudieran presentarse, sin salvedad de materia, o para determinado o determinados casos; incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad (que tendría en cuenta la conducta de otro u otros Estados); por un plazo determinado o sin límite temporal.”³¹⁶

El propio artículo 62.3 de la CADH sostiene con precisión que la Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el “caso”³¹⁷ hayan reconocido o reconozcan dicha

³¹⁴ “El planteamiento del caso, en lo que respecta a los hechos, que circunscriben la materia del proceso, compete solamente a la Comisión; la víctima no puede agregar hechos por su cuenta, ni la Corte atender los que ésta proponga. Pero aquélla puede formular solicitudes de muy extenso espectro, promover prueba y formular alegatos, ampliando, inclusive, la clasificación que la Comisión haga de los hechos con apoyo en los preceptos de la CADH. De esta suerte se ha avanzado un gran trecho en la legitimación procesal de la presunta víctima...” En: García Ramírez, Sergio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cit.*, pp. 60-61.

³¹⁵ “Para que un Estado quede vinculado a la función jurisdiccional contenciosa de la Corte, y por ende a los actos del enjuiciamiento y a las decisiones de aquella, es preciso que lo acepte a través de una manifestación soberana de voluntad que puede tener diversa amplitud.” En: García Ramírez, Sergio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cit.*, p. 56. Para Juan Carlos Hitters, “la necesidad de esta adhesión especial, se apoya en el principio de progresividad que impera en el sistema de protección de los derechos humanos ya que de haberse impuesto obligatoriamente tal competencia, pocos países se hubieran sumado a la Convención”. En: Hitters, Juan Carlos, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 años de vigencia)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional, op. cit.* p. 1663.

³¹⁶ García Ramírez, Sergio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cit.*, pp. 56-57.

³¹⁷ En relación con la expresión “caso” contenida en el artículo 62 de la CADH, la propia CoIDH ha determinado que la misma debe ser entendida en su sentido técnico, tal como se establece en la opinión consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983, solicitada por los Comisión

competencia ya sea por declaración especial o por convención especial.³¹⁸

En este contexto normativo, y dentro de las categorías de las categorías de la teoría general de proceso, es dable concluir, tal como los sostiene Sergio García Ramírez, que:

“...resulta evidente que el Estado al que se imputa una violación y cuya responsabilidad internacional se reclama es parte en el doble sentido de la expresión: material, como responsable de la violación y procesal como demandado en juicio; el lesionado o presunta víctima también es parte en sentido material porque es el titular del derecho conculcado y sostiene en éste su derecho. Finalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que no es titular de un derecho afectado – derecho humano, individual-, carece de la condición de parte en sentido material, pero la posee en sentido formal.”³¹⁹

Como se puede apreciar de lo antes expuesto, el procedimiento contencioso “comienza mediante la queja o petición individual presentada ante la CIDH y luego continua ante la Corte IDH, cuando la CIDH eleva el caso para su conocimiento y decisión mediante sentencia”³²⁰, misma que procederemos a analizar en el siguiente inciso.

b) Sentencias de la CIDH en casos contenciosos

El fin natural ordinario del proceso, sostiene García Ramírez, “es la sentencia emitida por el Tribunal en presencia de una controversia que sólo encuentra solución por ese medio jurisdiccional”³²¹, ahora bien, en el ejercicio de

Interamericana de Derechos Humanos, donde dispone lo siguiente: “33. ...La expresión “caso” se utiliza en su sentido técnico, para describir un caso contencioso tal como lo define la Convención, es decir, una controversia que se inicia como consecuencia de una denuncia según la cual un Estado parte ha violado los derechos humanos garantizados por la Convención, sea que dicha denuncia provenga de un particular (artículo 44) o de un Estado Parte (artículo 45). “34. El mismo uso técnico de la palabra “caso” volvemos a encontrarlo a propósito de la iniciativa procesal ante la Corte, que contrasta con las provisiones contenidas en la Convención respecto de la misma materia en el ámbito consultivo. En efecto, el artículo 61.1 dispone que “solo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte...” en “Restricciones a la pena de muerte (Artículos 4.2 y 4.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A. No. 3. Párr. 33 y 32.

³¹⁸ Hitters, Juan Carlos, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 años de vigencia)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit. p. 1663.

³¹⁹ García Ramírez, Sergio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit., p. 61.

³²⁰ Ayala Corao, Carlos, *Del Diálogo Jurisprudencial al control de convencionalidad*, op. cit. p. 53.

³²¹ En este punto no entraremos al análisis de aquéllos casos en que a través de ciertas “expresiones de voluntad –unilateral o bilateral- de los contendientes a propósito de la materia de

su competencia contenciosa, la CoIDH interpreta los derechos reconocidos en la CADH y los aplica a través de sus fallos sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, interpretación, medidas provisionales y supervisión de cumplimiento.³²²

De conformidad con el artículo 66.1 de la CADH, el fallo de la CoIDH será motivado y en términos del artículo 67 del mismo instrumento será definitivo e inapelable, salvando el derecho de las partes para que en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la misma CoIDH lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los 90 días a partir de la fecha de notificación del fallo³²³.

Ahora bien, desde la primera sentencia dictada en un caso contencioso³²⁴, hasta nuestros días, se ha reconocido la existencia de varios cambios en el contenido de las sentencias emitidas por la CoIDH, los cuales han sido

la controversia o de las reparaciones por la violación cometida, reorienten el proceso”. Para García Ramírez, Sergio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit., p. 62. Para Cipriano Gómez Lara, la sentencia “...es un tipo de resolución judicial, probablemente la más importante, que pone fin al proceso. Si dicha sentencia resuelve la controversia mediante la aplicación de la ley general al caso concreto, decimos que se ha producido una sentencia en sentido material”. Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General de Proceso*, op. cit., p. 327.

³²² Ayala Corao, Carlos, *Del Diálogo Jurisprudencial al control de convencionalidad*, op. cit. p. 54.

³²³ Sostiene Sergio García Ramírez que “...cabe la posibilidad de que en una causa fallada se suscite un punto de interpretación, que daría lugar a nuevos planteamientos y a una resolución final de la Corte, que también recibe el nombre de sentencia: sentencia de interpretación. Se trata, desde luego de establecer el alcance, el sentido, el significado de la resolución dictada, no de cuestionar ésta, modificar sus términos, revisar sus fundamentos y sus pronunciamientos. La jurisdicción interamericana opera en única instancia; contra sus decisiones no hay recurso; no existe un tribunal superior que revise aquéllas. La interpretación sólo puede versar, por ende, sobre cuestiones formales, datos de expresión, no sobre puntos controvertidos que ya fueron resueltos...” García Ramírez, Sergio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit., p. 62. La misma CoIDH ha sostenido que “una demanda de interpretación de una sentencia no debe utilizarse como un medio de impugnación sino únicamente debe tener como objeto desentrañar el sentido de un fallo cuando una de las partes sostiene que el texto de sus puntos resolutivos o de sus consideraciones carece de claridad o precisión, siempre y cuando esas consideraciones incidan en dichas parte resolutive y, por tanto, no se puede pedir la modificación o anulación de la sentencia respectiva a través de una demandad de interpretación.” Caso Lori Berenson vs. Perú. Demanda de Interpretación de la Sentencia de Fondo y Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005, serie C, núm. 128, párr. 12.

³²⁴ Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C, núm. 1. La sentencia de fondo fue dictada por la CoIDH el 29 de julio de 1988 (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4) y la de sentencia reparaciones y costas el 29 de julio de 1989 (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C, núm. 7).

expuestos por Jairo Enrique Herrera Pérez en los siguientes términos:

1. **Longitud de decisiones.** Se han acortado sus fallos inicialmente extensos.
2. **Denominación del caso.** En sus inicios se bautizaba el caso con el nombre de la víctima, lo que ha sido modificado en los últimos años para utilizar otra denominación, cuando la propia CoIDH deduce alguna situación que considera importante destacar.
3. **Multiplicidad de sentencias en un mismo caso.** Desde su primera sentencia hasta la década del 2000, la CoIDH acostumbraba a emitir varias sentencias dentro de un mismo caso, dividiendo dichas sentencias según sus etapas.³²⁵

Con respecto al último punto, el propio artículo 65 del Reglamento de la CoIDH, dispone que la sentencia contendrá:

- a) el nombre de quien preside la Corte y de los demás Jueces que la hubieren dictado, del Secretario y del Secretario Adjunto;
- b) la identificación de los intervinientes en el proceso y sus representantes;
- c) una relación de los actos del procedimiento;
- d) la determinación de los hechos;
- e) las conclusiones de la Comisión, las víctimas o sus representantes,

³²⁵ Herrera Pérez, Jairo Enrique, “Pasado, presente y futuro de la jurisdicción interamericana de derechos humanos”, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Escalante López Sonia, *Derechos Procesal de los Derechos Humanos*, op. cit. p.177. Por su parte Karlos Castilla coincide en que “hasta finales de los años noventa. La Corte Interamericana dictaba de forma separada sus sentencias de excepciones preliminares, fondo y reparaciones. A partir de 2000 se observa una tendencia a emitir en una sola sentencia los argumentos, razonamientos y resolución de esas tres etapas procesales. Por ello, en gran medida, en su primera sentencia y primer año de resolución de casos contenciosos, sólo encontraremos ese tipo de sentencia y contenido.” Cfr. Castilla, Karlos, *25 años de jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: de las excepciones preliminares de 1987 a los derechos interpretados en 2012*, México, UBIJUS Editorial, 2013, p. 28.

- el Estado demandado y, en su caso, el Estado demandante;
- f) los fundamentos de derecho;
 - g) la decisión sobre el caso;
 - h) el pronunciamiento sobre las reparaciones y costas, si procede;
 - i) el resultado de la votación;
 - j) la indicación de cuál es la versión auténtica de la sentencia.

Como se puede apreciar, si bien las sentencias de la CoIDH deben contener un conjunto de elementos, algunos de ellos de especial relevancia para la emisión motivada de la misma, para efectos de la presente investigación nos concentraremos en los llamados “fundamentos de derecho”, siendo la parte de la sentencia donde “la Corte hace las más profundas valoraciones jurídicas y sienta los precedentes internacionales en derechos humanos”³²⁶.

c) Obligatoriedad de las sentencias de la CoIDH en casos contenciosos

En relación a la obligatoriedad de las sentencias de la CoIDH, el artículo 68. 1 de la CADH dispone que los Estados Parte en la Convención se comprometan a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. En el supuesto de que al fallo disponga una indemnización compensatoria, dispone el artículo 68.2 de dicho instrumento internacional, el mismo puede hacerse efectivo por las vías adjetivas domésticas atinentes a la ejecución de las sentencias contra el Estado³²⁷.

Por lo que respecta al carácter “vinculante” de las sentencias de la CoIDH incluso en aquellos casos en que los Estados no han sido parte del proceso del cual derivan, dicha “obligatoriedad” no deriva directamente de los preceptos de

³²⁶ Herrera Pérez, Jairo Enrique, “Pasado, presente y futuro de la jurisdicción interamericana de derechos humanos”, *op. cit.* p.178.

³²⁷ Hitters, Juan Carlos, “Los efectos en el derecho interno de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Corzo Sosa, Edgar, *et. al.* (Coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo blanch, 2013, p.315.

la Convención Americana de Derechos Humanos, sin embargo ha sido la jurisdicción interna de diversos países parte de la CADH, y que han aceptado la jurisdicción contenciosa, la que le ha reconocido tal carácter y con distintos grados de intensidad³²⁸, los cuales son distinguidos por Ayala Corao en los siguientes términos:

En primer término, tenemos el relativo a que *la interpretación de la CADH por parte de los tribunales nacionales debe guiarse por los criterios obligatorios de la jurisprudencia interamericana*. Tal es el caso del Expediente Varios 912/2010 desahogado ante el Pleno de la SCJN, donde se dispuso lo siguiente:

“20. Por otro lado, el resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte, tendrán el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorecedor a la persona, de conformidad con el artículo 1º constitucional cuya reforma se publicó en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, en particular en su párrafo segundo, donde se establece que: “*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*”.³²⁹

Mismo grado de intensidad se puede apreciar en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el caso Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo, donde se puede apreciar lo siguiente:

“11) Que esta solución condice con el principio pro homine que informa todo el derecho de los derechos humanos. En tal sentido cabe recordar que las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano. Sobre el particular la Corte Interamericana, cuya jurisprudencia debe seguir como guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica, en la medida en que el

³²⁸ Sostiene Ayala Corao que “el diálogo jurisprudencial en desarrollo entre los tribunales de derecho interno y la Corte IDH ha permitido desarrollar por parte de los tribunales nacionales, diversas categorías mediante las cuales estos últimos fundamentan la recepción de la jurisprudencia interamericana. Estas categorías son las siguientes: (i) la interpretación de la CADH por parte de los tribunales nacionales *debe guiarse* por los *criterios obligatorios* de la jurisprudencia interamericana; (ii) el carácter *vinculante* de la jurisprudencia interamericana; y (iii) la incorporación de la CADH y la jurisprudencia interamericana al *bloque de constitucionalidad*”. En: Ayala Corao, Carlos, *Del Diálogo Jurisprudencial al control de convencionalidad*, op. cit. p.58.

³²⁹ Considerando Quinto de la Resolución del Expediente Varios 912/2010, en Cossío Díaz, José Ramón et. al., *El Caso Radilla. Estudio y documentos*, op. cit. p. 875.

Estado Argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales (conf. arts. 41, 62 y 64 de la Convención y 2° de la ley 23.054), dispuso: "Los Estados...asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción" (O.C. - 2/82, 24 de septiembre de 1982, parágrafo 29, Fallos: 320:2145)."³³⁰

Un segundo grado de intensidad es el que otorga un *carácter vinculante a la jurisprudencia interamericana*, incluso en aquellos casos en que el Estado no ha sido parte del proceso. En este supuesto se ha considerado relevante la sentencia emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional peruano en la resolución del 19 de junio de 2007, caso Colegio de Abogados de Callao (demandante) c. Congreso de la República (demandado), donde estimó que el análisis de constitucionalidad del artículo único de la Ley N° 28642 debía centrarse entre otros, en el tema de los efectos vinculantes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para sostener lo siguiente:

"36. En consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso..."³³¹

³³⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el caso Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo. P. 709. XXXVI. Fallo de 5 de marzo de 2002. En: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=516601> (Documento web), Fecha de Consulta: 26 de julio de 2016.

³³¹ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de Perú. Caso Colegio de Abogados de Callao (demandante) c. Congreso de la República (demandado). Sentencia de 19 de junio de 2007, 0007-2007-PI/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2007-AI.html> (Documento web), Fecha de Consulta: 30 de agosto de 2016. El asunto consistía en una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao contra el artículo único de la Ley N.º 28642, modificatoria del artículo 5º, numeral 8) de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional, por vulnerar entre otros, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. El precepto impugnado disponía que no procedían los procesos constitucionales cuando se cuestionaban resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad. En su resolución el Tribunal Constitucional concluye que la norma acusada de inconstitucionalidad vulnera el derecho de acceso a la justicia como manifestación del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139º de la Constitución Peruana, toda vez que, dicha norma no permite cuestionar judicialmente las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones,

Finalmente, en un tercer grado de intensidad es el llamado *bloque de constitucionalidad*, en aquellos casos en que se incorpora al mismo los tratados de derechos humanos, entre ellos la CADH así como la jurisprudencia interamericana que la interpreta, permitiéndose a los tribunales constitucionales y altas, sostiene Ayala Corao:

“... ejercer la jurisdicción constitucional aplicando directamente ya sea, (i) los derechos convencionales correspondientes conjuntamente con su interpretación según la jurisprudencia internacional; o (ii) los derechos constitucionales de conformidad con la interpretación jurisprudencial interamericana.”³³².

En este punto es relevante señalar lo resuelto por la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia de 7 de diciembre de 2001 recaída a la Acción de Tutela instaurada por Jaime Rodríguez en contra de Iván Mejía, donde se sostuvo lo siguiente:

“Por lo expuesto, ha de entenderse que, para efectos del presente caso, el bloque de constitucionalidad relativo a la libertad de expresión ha de estar integrado por las normas internacionales, en particular el Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, junto con las interpretaciones que de tales textos han presentado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. También ha de otorgarse un peso distinto a las opiniones, pues la naturaleza judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su competencia sobre Colombia, implica que sus opiniones, más que tenidas en cuenta, no pueden ser ignoradas internamente.”³³³

Como se puede apreciar, el carácter vinculante de las sentencias de la CoIDH en aquellos casos en que el país no fue parte en un caso contencioso no viene dado por las propias normas u órganos que integran el sistema interamericano de derechos humanos, sino por los órganos internos y la interpretación de su propio orden jurídico, especialmente con la posición jerárquica de las normas de derechos extranjero, especialmente aquellas

negando la posibilidad de reclamar una eventual afectación de los derechos fundamentales ante un órgano jurisdiccional y, por ende, no susceptibles de ser garantizados mediante un recurso judicial, lo cual resulta contrario a los tratados y la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos.

³³² Ayala Corao, Carlos, *Del Diálogo Jurisprudencial al control de convencionalidad*, op. cit. p.78.

³³³ Corte Constitucional de Colombia, Acción de tutela instaurada por Jaime Rodríguez en contra de Iván Mejía Álvarez. Sentencia T-1319/01 de 7 de diciembre de 2001. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-1319-01.htm> (Documento web), Fecha de Consulta: 3 de septiembre de 2016.

relativas a derechos humanos³³⁴. Aunado a lo anterior, existen diversos factores, que obstaculizan el acatamiento de la justicia doméstica a la internacional, a este respecto Néstor Pedro Sagües señala lo siguiente:

“Las conexiones entre los tribunales internacionales y los nacionales, en materia de derechos humanos, no son nada simples. Hay factores sociológicos y gnoseológicos de desinformación, rechazo, inadaptación, desnaturalización, hedonismo y narcisismo, a más de los ideológico-políticos, que obstaculizan a menudo el acatamiento de la justicia doméstica a la internacional. A su turno, ésta puede padecer de potenciales defectos de comprensión de las realidades locales, cuando no de intereses también ideológicos o de complejos de superioridad. No hay que descartar en ella, paralelamente, fallos altruistas _pero imprevisores- que no midan con cuidado los efectos expansivos que puedan tener en el mundo jurídico.”³³⁵

Finalmente, debemos atender a la postura que ha tenido la propia CoIDH en relación con la obligatoriedad o fuerza vinculante de sus resoluciones para aquellos Estados que no fueron parte en el proceso internacional, para lo cual resulta atendible lo resuelto en la resolución recaída a la supervisión del cumplimiento de sentencia de fecha 20 de marzo de 2013 donde se sostuvo lo siguiente:

“69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias

³³⁴ Juan Carlos Hitters coincide en que ninguna norma del Pacto de San José le da el carácter vinculante, válido para todos los asuntos a los decisorios de la CoIDH, salvo para los casos concretos, sin embargo, sostiene que para resolver la cuestión “es preciso acudir a la interpretación de los principios y postulados que reinan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Surge –a nuestro modo de ver-, de tal análisis que en principio existe por lo menos una *vincularidad moral y también jurídica de acatamiento* ya que el incumplimiento de los Tratados y de las directivas del Tribunal de San José impone la responsabilidad internacional del Estado en cualquiera de sus tres poderes (art. 1.1. y 2 del Pacto de San José). Hitters, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (control de constitucionalidad y convencionalidad)” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa/Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2008, Julio-Diciembre, núm. 10. p.147-148.

³³⁵ Sagües, Néstor P. “Las relaciones entre los Tribunales Internacionales y los Tribunales Nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”. *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Chile. Vol. 9, núm. 001, 2003. En: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100011#titulo1, (Documento web) Fecha de consulta: 6 de septiembre de 2016.

y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.”³³⁶

Como se ve, la propia CoIDH reconoce que el control de convencionalidad, para aquellos Estados que no fueron parte en el asunto, debe ser efectuado considerando no sólo la norma convencional, sino la interpretación que de la misma realiza el propio Tribunal Interamericano; a este respecto abunda el Juez Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado donde sostiene lo siguiente:

“43. La proyección de la eficacia interpretativa de la sentencia hacia todos los Estados Parte que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y particularmente en aquellos que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, consiste en la obligación por todas las autoridades nacionales de aplicar no sólo la norma convencional sino la “norma convencional interpretada” (res interpretata); es decir, el criterio interpretativo que como estándar mínimo aplicó el Tribunal Interamericano al Pacto de San José y, en general al corpus juris interamericano, materia de su competencia, para resolver la controversia. Y así asegurar la efectividad (mínima) de la norma convencional. Lo anterior, al constituir precisamente el objeto del mandato y competencia del Tribunal Interamericano “la interpretación y aplicación” de la Convención Americana”, y “de otros tratados que le otorguen competencia”. ”³³⁷

Una vez analizada la función contenciosa, procederemos al estudio de la función consultiva de la CoIDH a partir de la cual se han emitido criterios relevantes que han sido tomados en cuenta por las propias cortes nacionales en la emisión de sus propios criterios, incluida al SCJN.

II.5.2.2 La función consultiva de la CoIDH

a) Legitimación

En relación con la legitimación para acceder a la función consultiva de la CoIDH, conforme al artículo 64.1 corresponde a cualquier Estado miembro de la

³³⁶ Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 69.

³³⁷ Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Gelman vs. Uruguay de 20 de marzo de 2013, párr. 43.

Organización de Estados Americanos, es decir, no sólo los Estados partes en la Convención o aquellos que hayan aceptado la competencia contenciosa de la CoIDH; dicha disposición permite también el acceso, en lo que les compete, a los órganos enumerados en capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires³³⁸.

Por lo que hace al contenido de la solicitud de consulta, el artículo 70 del Reglamento de la CoIDH dispone que las solicitudes de opinión consultiva, previstas en el artículo 64 de la CADH, deberán formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte. En el caso de las solicitudes de opinión consultiva formuladas por un Estado miembro o por la Comisión, deberán indicar, además, las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del Agente o de los Delegados. Mientras que en el caso de que la solicitud de opinión consultiva es de alguno de los órganos de la OEA distinto a la Comisión la solicitud deberá precisar, además de lo antes mencionado, la manera en que la consulta se refiere a su esfera de competencia.

b) Opiniones de la CoIDH

Según lo ha establecido la propia CoIDH, la función consultiva tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los estados parte³³⁹, pudiendo definirse como un “método judicial alterno, por medio del cual se puede lograr la interpretación de la Convención sub examine, y de

³³⁸ Cabe mencionar la Carta de los Estados Americanos varió su numeración con motivo del Protocolo de Cartagena de Indias de 1985, de tal manera que dichos órganos se encuentran en el Capítulo VIII de dicha Carta. Los órganos referidos son los siguientes: a) La Asamblea General; b) La Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; c) Los Consejos; d) El Comité Jurídico Interamericano; e) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos; f) La Secretaría General; g) Las Conferencias Especializadas, y h) Los Organismos Especializados.

³³⁹ Opinión Consultiva OC-1/82, “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), de 24 de septiembre de 1982. Serie A. No. 1. Parr. 25, donde la Corte dispone lo que “la función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA.”

otros tratados atinentes a los derechos humanos.”³⁴⁰

Como consecuencia de lo anterior, queda comprendido que el objeto de la solicitud de opinión consultiva no se limita a la interpretación de la CADH, sino que alcanza a otros tratados sobre derechos humanos, tal como se desprende del artículo 70 del Reglamento de la CoIDH que dispone expresamente que si la solicitud se refiere a la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de derechos humanos en los Estados americanos prevista en el artículo 64.1 de la Convención, deberá ser identificado el tratado y la partes en él, las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte y las consideraciones que originan la consulta.

El criterio de amplitud en los alcances de la opinión consultiva en lo que respecta a su objeto ha sido sostenido por la propia CoIDH desde la Opinión Consultiva OC-1/82, a través de la interpretación de la frase “o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos” contenida en el artículo 64.1 de la propia CADH:

“...que la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.”³⁴¹

³⁴⁰ Hitters, Juan Carlos, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 años de vigencia)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit. p. 1667.

³⁴¹ Opinión Consultiva OC-1/82, “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), de 24 de septiembre de 1982. Serie A. No. 1. En el párrafo 37, dicho órgano jurisdiccional sostuvo la siguiente interpretación del artículo 64 de la CADH: “37. La interpretación textual del artículo 64 de la Convención no conduce a deducir que ese propósito restrictivo esté presente en dicho tratado. En los párrafos 14 a 17 se ha destacado la amplitud con que ha sido concebida la competencia consultiva de la Corte. Dentro de ese contexto, el sentido corriente de los términos del artículo 64 no permite considerar que se haya buscado la exclusión de su ámbito a ciertos tratados internacionales, por el solo hecho de que Estados ajenos al sistema interamericano sean o puedan ser partes de los mismos. En efecto, la sola limitación que nace de esa disposición es que se trate de acuerdos internacionales concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. No se exige que sean tratados entre Estados americanos, o que sean tratados regionales o que hayan sido concebidos dentro del marco del sistema interamericano. Ese propósito restrictivo no puede presumirse, desde el momento en que no se expresó de ninguna manera.”

Bajo esa tesitura, en principio la CoIDH sólo puede abocarse a la interpretación de los tratados en los que esté directamente enfocada la protección de los derechos humanos dentro de un estado miembro del sistema interamericano, así como a la interpretación de normas concernientes a derechos humanos contenidos en un tratado, aún y cuando el objeto y propósito del mismo no sea la protección de dichos derechos.³⁴²

No obstante lo anterior, el artículo 64.2 de la CADH prevé expresamente la hipótesis relativa a la solicitud de opinión formulada por un Estado miembro de la Organización acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los tratados internacionales, referidos en párrafos anteriores. En relación con dicha atribución de la CoIDH, el reglamento de dicho órgano jurisdiccional dispone que la solicitud de opinión deberá señalar las disposiciones de derechos interno, así como las de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de derechos humanos, que son objeto de consulta, en el entendido que dichos tratados son aplicables en el Estado que formula la consulta³⁴³.

Una peculiaridad de dicha atribución es que la propia CoIDH ha considerado que ésta alcanza incluso a los “proyectos de ley”, constituyendo un control preventivo, pues si se abstiene de responder la consecuencia sería la expedición de normas que posteriormente serían impugnadas por violentar la Convención.³⁴⁴

En este punto resulta relevante el dictamen de en la Opinión Consultiva

³⁴² Opinión Consultiva OC-16/99, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso”, del 1 de octubre de 1999. Serie A. No. 16. Párr. 76. Cabe resaltar que la CoIDH ha excluido “toda solicitud que lleve a desvirtuar la jurisdicción contenciosa del Tribunal de Costa Rica (O.C. 12-91, párr. 28), y en general cuando tienda a debilitar o alterar el modelo previsto por la Convención, de modo que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones (OC, dictada en 1999)” en Hitters, Juan Carlos, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 años de vigencia)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit. p.1670.

³⁴³ García Ramírez, Sergio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit., p. 53.

³⁴⁴ *Ibid.* p. 54 y Hitters, Juan Carlos, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 años de vigencia)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit. p.1672.

OC-4/84 relativo a la Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, la cual constituye la primera solicitud que se presentaba con base en el artículo 64.2 de la CADH, donde se sostuvo, en primer lugar, que el concepto “leyes internas” contenido en el artículo convencional incluye normas constitucionales, a lo que respondió afirmativamente con el siguiente argumento:

“14. La respuesta a la primera pregunta no admite duda: siempre que un convenio internacional se refiera a “leyes internas” sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, la referencia es para toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales.”³⁴⁵

Por lo que respecta a la segunda cuestión, es decir, la relativa a la emisión de una opinión relacionada con la un “proyecto de ley”, la CoIDH estableció lo siguiente:

“18. Cualquier intento por entender el significado del artículo 64.2 en el sentido de que se refiere solamente a leyes vigentes, esto es, a leyes cuyo proceso de formación se haya perfeccionado, tendría como consecuencia que los Estados no podrían solicitar, según esa disposición, opiniones consultivas de la Corte sobre proyectos legislativos. Los Estados estarían, así, obligados a cumplir todo el procedimiento de derecho interno para la formación de las leyes, antes de poder solicitar la opinión de la Corte sobre su compatibilidad con la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

“(…)

“25. En este sentido la Corte entiende que su función consultiva, enclavada dentro del sistema de protección de los derechos fundamentales, es tan amplia cuanto lo requiera la salvaguardia de tales derechos, pero ceñida a los límites naturales que la misma Convención le señala. Con esto lo que se quiere decir es que, de la misma manera como el artículo 2 de la Convención crea para los Estados Partes la obligación de “adoptar...las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos (los) derechos y libertades” de la persona humana, la función consultiva hay que entenderla con criterio amplio, encaminado también a hacer efectivos tales derechos y libertades.

“26. Abstenerse, en consecuencia, de atender la solicitud de un Gobierno porque se trate de “proyectos de ley” y no de leyes formadas y en vigor, podría, en algunos casos, equivaler a forzar a dicho Gobierno a la violación de la Convención, mediante la adopción formal y posiblemente la aplicación de la

³⁴⁵ Opinión Consultiva OC-4/84, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, de 19 de enero de 1984. Serie A. No. 4. párr. 14.

medida legislativa, para luego acudir a la Corte en busca de la opinión. Este criterio no ayuda a "dar efecto" a la norma, es decir, no ayuda a la protección de los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos."³⁴⁶

En el mismo dictamen, la ColDH indicó que la conclusión a la que arriba no implica que se encuentre obligada a ejercer su competencia para examinar cualquier texto preliminar de leyes o proyectos legislativos, sino que solamente significaba que el mero hecho de tratarse de un proyecto legislativo no era suficiente para considerar que la Corte resultaba incompetente para desahogar una consulta sobre dicho proyecto.³⁴⁷

En este sentido, resulta claro que tal como lo ha sostenido la propia ColDH "su competencia es de naturaleza permisiva y comporta el poder de apreciar si las circunstancias en que se basa la petición son tales que la lleven o no a dar una respuesta"³⁴⁸, siendo su objeto amplio en términos del contenido 64

³⁴⁶ Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 18, 25 y 26. La postura fue reiterada en la Opinión Consultiva OC-12/91, "Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", de 6 de diciembre de 1991, Serie A, No. 12, párrs. 19 y ss.

³⁴⁷ En la misma Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 30, la ColDH sostuvo lo siguiente: "30. Al decidir acerca de la admisibilidad de solicitudes de opinión consultiva sobre propuestas legislativas como tales y no sobre leyes vigentes, la Corte debe analizar cuidadosamente la solicitud para determinar, entre otras cosas, si su propósito es ayudar al Estado solicitante a cumplir mejor con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Para tal propósito, la Corte debe actuar cuidadosamente para asegurarse de que su jurisdicción consultiva en estos casos no sea utilizada como instrumento de un debate político con el fin de afectar el resultado del proceso legislativo interno. La Corte, en otras palabras, no debe inmiscuirse en disputas políticas internas, que podrían afectar el papel que la Convención le asigna. En la solicitud bajo consideración, por lo demás sin precedente en cuanto somete a un tribunal internacional una reforma constitucional, no encuentra la Corte ninguna razón para abstenerse de absolver la consulta solicitada." En relación con el párrafo transcrito, el entonces Juez Thomas Buergenthal ha sostenido lo siguiente: "The Court's language suggest that it will scrutinize with particular care the reasons for and implications of a request under Article 64(2) that deals with draft legislation as distinguished from laws already in force. Here it is worth noting that in *Proposed Amendments*, the Costa Rican Government asked for the advisory opinion only after receiving a unanimous request from a multiparty committee of the Costa Rican legislature to which the draft legislation had been assigned. In other words, this was a case in which there was internal political consensus that an advisory opinion be sought. It remains to be seen how the Court will act in a case in which there is no such consensus". Buergenthal, Thomas, "The advisory practice of the Inter-American Human Rights Court", en Varios, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 36, (Documento web) en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1996/5.pdf>, fecha de consulta: 5 de septiembre de 2016.

³⁴⁸ Opinión Consultiva OC-1/82, "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), de 24 de septiembre de 1982. Serie A. No. 1, párr. 28.

de la CADH y de la interpretación que del mismo ha hecho por el propio órgano jurisdiccional.

Finalmente, por lo que respecta al contenido de las opiniones consultivas, el artículo 75 del Reglamento de la CoIDH, establece que ésta contendrá:

- a) el nombre de quien preside la Corte y de los demás jueces que la hubieren emitido, del Secretario y del Secretario Adjunto;
- b) las cuestiones sometidas a la Corte;
- c) una relación de los actos del procedimiento;
- d) los fundamentos de derecho;
- e) la opinión de la Corte;
- f) la indicación de cuál es la versión auténtica de la opinión.

Como se puede apreciar, y al igual que las sentencias de la CoIDH emitidas en los casos contenciosos, si bien las opiniones consultivas deben contener un conjunto de elementos, algunos de ellos de especial relevancia para la emisión motivada de la misma, para efectos de la presente investigación nos concentraremos en los llamados "fundamentos de derecho", siendo la parte de la opinión donde se realizan las valoraciones jurídicas que posteriormente son tomadas en cuenta por los tribunales nacionales.

c) Obligatoriedad de las Opiniones emitidas por la CoIDH

Por lo que respecta a la obligatoriedad de las Opiniones Consultivas emitidas por la CoIDH, la doctrina ha sido discrepante a este respecto, ya que mientras un sector de la misma le ha reconocido verdaderos efectos jurídicos a los dictámenes emitidos en uso de dicha facultad, para otro sector sus resoluciones tienen valor moral y científico; procederemos al análisis de cada una de dichas posturas, para finalmente verificar la tesis adoptada por la propia CoIDH.

En primer lugar tenemos la postura relativa a que los dictámenes emitidos por la CoIDH en ejercicio de las competencias contenidas en el artículo 64 de la CADH cuentan con efectos jurídicos; en este punto seguiremos la tesis de Héctor Faúndez Ledezma, quien en primer lugar sostiene que la denominación de “opiniones consultivas” al producto del ejercicio de su facultad consultiva es erróneo; a juicio del autor dicha expresión fue incorrectamente tomada de la Carta de las Naciones Unidas y del Estatuto de la Corte Penal Internacional de Justicia sin considerar que, a diferencia de lo que ocurre en dichos instrumentos, la denominación “opinión consultiva” no se menciona en ningún artículo de la CADH y ha sido incorrectamente recogida por el Reglamento de la propia CoIDH³⁴⁹.

A juicio del autor, el artículo 64 de la CADH, supone que entre los dos órganos encargados de conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en el marco de la Convención (CIDH y CoIDH), se ha elegido a la Corte para que sea esta la encargada de emitir una interpretación autorizada de la Convención y por tanto vinculante para los Estados, por lo que no puede constituir una mera “opinión”³⁵⁰.

En primer lugar, sostiene el autor, debe destacarse que el artículo 64 de la CADH distingue entre las materias respecto de las cuales es posible “consultarla”, comprendiendo en dicho rubro la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americano (art. 64.1); y las materias sobre las cuales se le podrá pedir “opiniones”, y que comprenden el examen de la compatibilidad de la legislación interna de los Estados con la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos (art. 64.2). A partir de la interpretación literal de dicha disposición, el autor concluye que las consecuencias jurídicas

³⁴⁹ Faúndez Ledezma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3ra. ed., San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 989. En: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23853.pdf>, (Documento web) Fecha de consulta: 6 de septiembre de 2016.

³⁵⁰ *Ibid.* p. 990.

que derivan del ejercicio de una u otra de estas competencias no parecen ser las mismas.³⁵¹

Es decir, desde la perspectiva del Faúndez Ledezma, mientras que el artículo 64.1 de la CADH le confiere a la CoIDH competencia para emitir interpretaciones autorizadas de la Convención y de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos, “las cuales no corresponden a una mera asesoría sino a un dictamen que reúne las características de certeza y finalidad”³⁵², el segundo párrafo del mismo artículo 64 autoriza a la CoIDH para emitir su *opinión* sobre la compatibilidad de leyes internas con estos tratados, “opinión que en todo caso, por emanar del órgano del cual emana, tampoco puede considerarse como una mera *asesoría*, carente de obligatoriedad para un Estado parte en la Convención, o para un Estado miembro de la OEA que está considerando ratificar la Convención”³⁵³.

Derivado de lo anterior, Faúndez Ledezma concluye lo siguiente en relación con la facultad contenida en el artículo 64.1 de la CADH:

“Admitiendo que no poseen las mismas características que se reconocen a las sentencias en materia contenciosa, a juicio de quien escribe estas líneas, las mal llamadas ‘opiniones’ consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo están dotadas de la autoridad del órgano del cual emanan sino que poseen un efecto jurídico vinculante, derivado de la propia Convención y que, en particular, no puede ser eludido por los Estados partes en la Convención. (...). En nuestra opinión, en los casos en que se le consulte sobre la interpretación de la Convención o de otro tratado concerniente a la protección de los derechos humanos, la Corte emitiría un ‘dictamen’, con carácter vinculante por emanar del órgano judicial al que se ha encomendado la interpretación autorizada de la Convención. Sobre este punto, es conveniente recordar que el art. 1 del Estatuto de la Corte define a ésta como “una institución judicial autónoma cuyo objetivo es

³⁵¹ *Ibid.* pp. 990-991.

³⁵² *Ibid.* p. 991.

³⁵³ *Ibid.* p.191 y 192. En este punto el autor sostiene que “la “opinión” recae sobre la legislación interna; pero el pronunciamiento sobre la compatibilidad o incompatibilidad de esa legislación con las obligaciones asumidas por el Estado en el marco de la Convención, tiene un carácter definitivo y concluyente que el Estado no puede ignorar... En ejercicio de esta competencia, la Corte opera como una especie de tribunal constitucional, encargado de interpretar la Convención u otros tratados de derechos humanos y, a requerimiento de los Estados, encargado de pronunciarse sobre la medida en que la legislación nacional se ajusta a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en materia de derechos humanos. Sobre este particular, es oportuno recordar que la Convención le ha encomendado una función asesora a la Comisión y no a la Corte, la cual es un órgano puramente judicial del sistema.”

la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.³⁵⁴

Por lo que respecta a la competencia reconocida en el artículo 64.2 de la CADH, el mismo autor arriba a las siguientes conclusiones:

“Sólo cuando se le consulte sobre la compatibilidad de la legislación interna de un Estado con la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos es que la Corte emitiría una ‘opinión consultiva’ propiamente tal; sin embargo, incluso en esa situación la opinión de la Corte tendría un efecto jurídico notable, que el Estado no podría ignorar. En efecto, si quien formula la petición es un Estado parte en la Convención, dicha opinión sería vinculante para ese Estado por cuanto, en virtud del art. 33 de la Convención, éste habría aceptado la competencia de la Corte para velar por el cumplimiento de los compromisos contraídos en la Convención y para definir el alcance de los mismos mediante su interpretación autorizada; además, respecto de esos Estados hay que subrayar la obligación que les incumbe en cuanto al cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas en virtud del tratado. En segundo lugar, si la opinión es requerida por un Estado miembro de la OEA que aún no ha ratificado la Convención, en virtud del mismo principio anterior y de lo dispuesto por el art. 2 de la Convención, para el momento en que aquel Estado decidiera ratificar la Convención estaría obligado a ajustar su legislación interna a los términos de la opinión emitida previamente por la Corte.”³⁵⁵

En consecuencia, para Faúndez Ledezma, si tal como lo ha expresado la CoIDH, la función consultiva no puede desvincularse de los propósitos de la Convención, por lo que si dicha competencia tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados miembros de la OEA, no puede entenderse que cumple con una función meramente *asesora*, dotada de autoridad moral o científica del órgano llamado a ejercerla, pero desprovista de fuerza jurídica y, por lo tanto, carente de consecuencias prácticas; tal interpretación privaría a la Convención de todo su efecto útil.³⁵⁶

Finalmente, concluye el autor que resulta paradójico que no han sido los Estados partes, sino la misma CoIDH, quien ha restado valor a los dictámenes que emite en el ejercicio de su competencia consultiva³⁵⁷, lo anterior derivado de que la propia Corte ha señalado que en el ámbito de su competencia consultiva, ella cumple *una función asesora*, lo anterior sin perjuicio de que, sin abandonar

³⁵⁴ *Ibid.* p. 992.

³⁵⁵ *Ibid.* pp. 992-193.

³⁵⁶ *Ibid.* p. 193.

³⁵⁷ *Id.*

del todo la tesis anterior, ha señalado que tiene “efectos jurídicos innegables”³⁵⁸, aunque como veremos más adelante dicha conclusión no resulta adecuada con los criterios emitidos por la propia CoIDH en ejercicio de su competencia consultiva.

Como se puede apreciar, el criterio sostenido por Faúndez Ledezma atiende a lo que él considera una interpretación del artículo 64 de la CADH, lo anterior con miras a no privar de efecto útil a la Convención; sin embargo, también debe considerarse que, contrario a lo sostenido por el autor, de dicha disposición no se desprende la obligatoriedad para el resto de los Estados miembros de la OEA ya que, al igual que en el caso de las sentencias emitidas en los casos contencioso, para ello se debe de atender al orden jurídico específico de cada Estado y a su interpretación por los órganos competentes, sin que lo anterior implique que dichos Estados puedan abstenerse de atender a la jurisprudencia emitida por la CoIDH en uso de su facultad consultiva.

Por su parte, otro sector de la doctrina considera que los dictámenes emitidos por la CoIDH en uso de las facultades contenidas en el artículo 64 de la CADH no son vinculantes; en este punto seguiremos principalmente la opinión de Juan Carlos Hitters quien comparte dicha postura.

Sostiene el autor que en principio no son vinculantes los dictámenes emitidos por la CoIDH, sin embargo, “en la realidad estos pronunciamientos originan un efecto similar al de la jurisdicción contenciosa, ya que son

³⁵⁸ *Ibid.* p. 989. Para una crítica de lo sostenido por Faúndez Ledezma en relación con el uso de las expresiones como que las opiniones consultivas “*no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias*” o que “*en este ámbito, cumple una función asesora*” véase Nikken, Pedro, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, pp. 173-176, (Documento web) en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/10.pdf>, Fecha de consulta 6 de septiembre de 2016. Sin embargo, cabe mencionar que Pedro Nikken coincide con las conclusiones de Faúndez Ledezma al sostener que “las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen, en general, un valor análogo al que tienen las sentencias de los tribunales internacionales para los Estados que no han sido partes en el caso sentenciado: si bien no son directamente obligatorias para ellos, representan una interpretación auténtica del Derecho internacional (en el caso de la Convención Americana u “otro tratado” sometido a consulta), que, como fuente auxiliar del mismo, debe ser tenido como norma por los Estados americanos para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.”

voluntariamente acatados por sus destinatarios, sin reparos”.³⁵⁹Bajo esa perspectiva, el autor considera que:

“No obstante que tales opiniones no son obligatorias en sentido estricto, su fuerza radica en la autoridad moral y científica de la Corte, y si bien su esencia es típicamente asesora, no por ello deja de ser *jurisdiccional*, y tiene por objeto coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los estados americanos, en lo que concierne a la protección de los derechos humanos”.³⁶⁰

En síntesis, concluye el autor, el producto de la función consultiva de la CoIDH, “si bien no es vinculante en sentido propio, su fuerza –como vimos- se apoya en la autoridad científica y moral de la Corte, y *tiene efectos jurídicos innegables para todo el modelo regional, y en particular para el Estado que la solicitó*.”³⁶¹.

En contraste con la postura de Faúndez Ledezma, Hitters no considera el contenido del artículo 64 de la CADH y atiende simplemente a la “autoridad moral y científica de la Corte”, y a los efectos jurídicos que la propia CoIDH le ha reconocido a sus dictámenes, por lo que parece sostener que la obligatoriedad se basa casi exclusivamente en la buena voluntad de los Estados para atenderla; sin embargo, dicha postura priva de todo respaldo normativo a los dictámenes, ya que no se considera ni al orden convencional ni al nacional para efectos del reconocimiento de los citados efectos jurídicos.

Finalmente, debemos atender a la postura que ha tenido la propia CoIDH

³⁵⁹ Hitters, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *op.cit* p.149. Para sustentar esa opinión, diversos autores se basan en la experiencia derivada de la Opinión Consultiva OC-3/83 “Restricciones a la pena de muerte (Artículos 4.2 y 4.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, del 8 de septiembre de 1983, donde el gobierno de Guatemala luego de la emisión del dictamen la Corte regional dispuso la abolición de dicho castigo.

³⁶⁰ *Ibid.* pp. 149-150.

³⁶¹ *Ibid.* p. 150. Las conclusiones del autor se basan en los criterios sostenidos por la propia CoIDH en algunos de sus dictámenes como lo son la Opinión Consultiva OC-1/82, “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), de 24 de septiembre de 1982. Serie A. No. 1. Parr. 51, donde la Corte sostiene que sus Opiniones consultivas “no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce pasa sus sentencias contenciosas en el artículo 68 de la Convención”; así como en la Opinión Consultiva OC-15/97, “Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), de 14 de noviembre de 1997. Serie A. No. 15. Parr. 26, donde la Corte sostiene que sus Opiniones tienen “efectos jurídicos innegables”.

en relación con la obligatoriedad o fuerza vinculante de los dictámenes emitidos en uso de las facultades que le concede el artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos, punto en el cual resulta relevante el dictamen recaído a la Opinión Consultiva OC-21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, donde la CoIDH en primer lugar reitera la doctrina relativa a que la función consultiva busca coadyuvar a que los Estados miembros cumplan sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, es decir, las interpretaciones realizadas por dicho órgano jurisdiccional buscan fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos.³⁶²

Sin embargo, lo novedoso del dictamen para efecto de nuestro tema es sostenido por la Corte en los párrafos 31 y 32 :

“31. Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.I) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos.

“32. Dado el amplio alcance de la función consultiva de la Corte que, como ya se expuso, involucra no sólo a los Estados Partes de la Convención Americana (supra párr. 23), todo lo que se señala en la presente Opinión Consultiva también tiene relevancia jurídica para todos los Estados Miembros de la OEA que han

³⁶² Opinión Consultiva OC-21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional, de 19 de agosto de 2014. Serie A. No. 21. Parr. 29

acordado la Declaración Americana, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana, así como para los órganos de la OEA cuya esfera de competencia se refiera al tema de la consulta.”³⁶³

Como se puede apreciar, la propia ColDH ha determinado que los dictámenes emitidos en uso de su facultad consultiva contienen la norma convencional interpretada, la que servirá como una fuente que contribuirá a lograr el eficaz respecto y garantía de los derechos humanos. De esta forma, la propia ColDH reconoce que en el ejercicio de control de convencionalidad por parte de los Estados miembros, deberá atenderse no sólo a la disposición convencional, sino a la disposición interpretada, reconociéndole implícitamente un carácter orientador a sus determinaciones.

II.5.3 Reconocimiento de la competencia de la ColDH por parte del Estado Mexicano

Es desde el año de 1981 en que nuestro país se adhirió a la CADH, el depósito del instrumento de ratificación en la Secretaría General de la OEA se realizó el 24 de marzo de 1981 y el decreto se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo del mismo año³⁶⁴, sin embargo, no fue sino hasta el 16 de diciembre de 1998 cuando se depositó Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la ColDH, por parte del Estado Mexicano ante el Secretario General de la Organización de Estados Americanos³⁶⁵, fecha en la que inició la

³⁶³ *Ibid.* párr. 31 y 32.

³⁶⁴ Decreto de Promulgación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, expedido por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, José López Portillo. En: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4645612&fecha=07/05/1981, (Documento web) Fecha de consulta: 6 de septiembre de 2016.

³⁶⁵ La declaratoria fue sometida a la aprobación del Senado de la República, siendo aprobada el 1 de diciembre de 1998. En dicho dictamen se sostuvo lo siguiente en torno a la valoración de la iniciativa:

“Compromisos que implicaría el reconocimiento serían los siguientes:

“a) Cumplir las decisiones de la Corte en todos los casos en que el Estado sea parte.

“b) Si la Corte decide que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención Americana, garantizar al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados; reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos, y pagar una justa indemnización a la parte lesionada, según lo disponga la Corte.

“c) En casos de extrema gravedad y urgencia y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, cumplir las medidas provisionales que la Corte considere pertinentes, si así lo solicitare el Estado interesado.

competencia de dicho órgano jurisdiccional internacional en nuestro país. La Declaración fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 24 de febrero de 1999.

“d) Cooperar con la Corte en la práctica de notificaciones u otras diligencias que ésta ordene que deban llevarse a cabo en territorio nacional.

“(…)

“La internacionalización de los Derechos Humanos

“En primer término, con esta nueva perspectiva en la lucha por los Derechos Humanos, no se debe pensar en una sustitución de estas obligaciones por las contenidas en el derecho internacional, mal sería si ello fuera así, toda vez que es en el área de derecho interno donde se tienen o no se tienen, donde se gozan o no se gozan; de lo que se trata, es que se cuente con un garante adicional, que desde otra órbita propugne el cumplimiento del régimen de garantías.

“(…)

“Esta nueva circunstancia nos lleva a señalar que sería conveniente estipular en la normativa interna, como ya lo señala la Constitución española de 1978 que los derechos y libertades reconocidas serán interpretados de conformidad con los tratados internacionales sobre Derechos Humanos en los que el Estado sea Parte.

“Ahora bien, con la consolidación del denominado derecho internacional de los Derechos Humanos, el ciudadano ha sido investido de personalidad jurídica internacional, al constituir el eje sobre el cual gira la preocupación de los tratados y pactos internacionales, quedando los Estados colocados como sujetos pasivos de la relación internacional, obligados a vigilar el cumplimiento de la normativa interna.

“Las implicaciones de la aceptación de la jurisdicción

“Una de las cuestiones que más inquietud provocó entre los miembros de estas Comisiones Dictaminadoras, fue dilucidar claramente cuáles serían los efectos jurídicos de la aceptación de la jurisdicción plena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“Para aclarar las dudas que surgieron sobre este particular, estas Comisiones Unidas se reunieron con la embajadora Carmen Moreno Toscano, Subsecretaria de Relaciones Exteriores para Naciones Unidas, África y Medio Oriente, para conocer las motivaciones particulares de este proyecto de declaración.

“Además, para hacer algunas precisiones sobre la aplicación de esta jurisdicción, el carácter de las resoluciones de la Corte, su obligatoriedad y su compatibilidad con nuestro sistema jurídico, se llevó a cabo una reunión con el embajador Miguel Ángel González Félix, Consultor Jurídico de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

“Durante estas reuniones, los miembros de estas Comisiones Unidas hicieron notas a los representantes del Ejecutivo Federal, los alcances y el impacto que esa aceptación traerá sobre algunas instituciones públicas que se encuentran rezagadas en su modernización. Piénsese por ejemplo en el caso de nuestro sistema penitenciario, en el cual el rezago es mayúsculo y el revertirlo requerirá una inversión cuantiosa.

“Sobre el particular, estos funcionarios explicaron que según los mecanismos y procedimientos de actuación de la Corte, ésta centra su atención en aquellos casos verdaderamente relevantes que le son presentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de entre todas las denuncias que se dan en países miembros de la OEA.

“Aun así, estas Comisiones han considerado que esta nueva instancia significará un impulso en las acciones de los distintos órdenes de gobierno a favor de la plena vigencia de los Derechos Humanos en nuestro país, lo cual favorecerá positivamente la modernización en algunas materias, como en el caso del sistema penitenciario y que puede contribuir a elaborar mejores diagnósticos sobre problemáticas específicas e incluso impulsar mejores soluciones que consideren experiencias de otros países.”

Cfr. Dictamen presentado al Pleno del Senado de la República por las Comisiones de Relaciones Exteriores, Quinta; de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos, Primera; En: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/107/26.pdf> (Documento web) Fecha de consulta: 21 de septiembre de 2016.

Finalmente, la declaración se emitió en los siguientes términos

“DECLARACIÓN PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

“1. Los Estados Unidos Mexicanos reconocen como obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62.1 de la misma, a excepción de los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

“2. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente será aplicable a los hechos o a los actos jurídicos posteriores a la fecha del depósito de esta declaración, por lo que no tendrá efectos retroactivos.

“3. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace con carácter general y continuará en vigor hasta un año después de la fecha en que los Estados Unidos Mexicanos notifiquen que la han denunciado.

“El instrumento de aceptación, firmado por mí el nueve de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, fue depositado ante el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, el dieciséis de diciembre del propio año, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61, numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica".³⁶⁶

Como se puede observar, nuestro país se abstuvo, durante mucho tiempo, de admitir la competencia contenciosa de la CoIDH³⁶⁷ y cuando finalmente se decidió incorporarse al sistema contencioso americano, la

³⁶⁶ Decreto Promulgatorio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, adoptada en la ciudad de San José, Costa Rica, el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, el 24 de febrero de 1998, expedido por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Ernesto Zedillo Ponce de León. En: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4944372&fecha=24/02/1999, (Documento web) Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2016.

³⁶⁷ Para Sergio García Ramírez y Mauricio Iván del Toro Huerta la abstención por parte de México atendía a diversas razones, entre ellas, la idea de soberanía y la simetría con respecto a los Estados Unidos de América. Sostienen los autores que “es natural que existan diversas opiniones sobre la pertinencia y conveniencia de la determinación adoptada por México al aceptar la competencia contenciosa del Tribunal Interamericano. No se trató de una resolución sencilla o intrascendente. En nuestro concepto, fue acertada y oportuna. Tradujo fielmente una convicción político-jurídica y constituyó la culminación, en su momento, del sistema de protección de los derechos humanos, con su doble vertiente contemporánea: nacional e internacional, que se ha visto reforzada con la aceptación de la competencia de los diferentes comités de Naciones Unidas en 2002, y con la reciente reforma constitucional en la materia que nos interesa”. García Ramírez, Sergio y Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3ra. ed México, Editorial Porrúa-UNAM, 2015, p. 33

admisión se hizo con carácter general, con excepción de los casos derivados del texto anterior del artículo 33 de la CPEUM³⁶⁸, mismo que establecía la facultad exclusiva del Poder Ejecutivo Federal para expulsar extranjeros sin juicio previo³⁶⁹ y con la declaración de que la CoIDH sólo podría conocer de violaciones posteriores a la fecha de ingreso de México al régimen contencioso³⁷⁰.

En relación con la aceptación de la competencia contenciosa de la CoIDH, desde la Teoría constitucional de Carl Schmitt³⁷¹, Sergio García Ramírez y Mauricio Iván del Toro Huerta han expuesto lo siguiente:

“Por lo que toca a la convicción político-jurídica de nuestro país al aceptar la

³⁶⁸ El texto anterior a la RCDH disponía lo siguiente: “Artículo 33. Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar del territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.”

³⁶⁹ Con motivo de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos el 20 de marzo de 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se aprueba el retiro de la reserva formulada por el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos al artículo 62 de la Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, expedido por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Enrique Peña Nieto. En: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5337630&fecha=20/03/2014, (Documento web) Fecha de consulta: 21 de septiembre de 2016. En el Dictamen de las Comisiones Unidas de Relaciones Exteriores Organismos Internacionales; de Relaciones Exteriores; y de Derechos Humanos con proyecto de decreto por el que se aprueba el retiro de la reserva formulada por el Gobierno de México a la Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se alude expresamente a la reforma al artículo 33 constitucional de fecha 10 de junio de 2011. En: http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2013/12/asun_3057675_20131213_1386949438.pdf, (Documento web) Fecha de consulta: 21 de septiembre de 2016.

³⁷⁰ Cossío Díaz, José Ramón *et. al.*, *El Caso Radilla. Estudio y documentos*, *op. cit.* p. 3 y García Ramírez, Sergio y Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, *op. cit.* p. 33

³⁷¹ Para Carl Schmitt “la distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda formación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del pueblo en la democracia y del monarca en la monarquía auténtica.” Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. Francisco Ayala, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p.60. Otros autores mexicanos han utilizado la teoría de Carl Schmitt como andamiaje explicativo aplicado a la Constitución Mexicana de 1917, tal es el caso de Jorge Carpizo en su obra *La Constitución Mexicana de 1917*, 14a. ed., México, Editorial Porrúa, 2004. En contra de la teoría de Carl Schmitt, el también jurista mexicano, Ulises Schmill Ordoñez, ha sostenido que “la distinción entre Constitución y leyes constitucionales es una elaboración sumamente personal del autor de la teoría, que no encuentra su fundamento en los hechos históricos”, en Schmill Ordoñez, Ulises, *El sistema de la Constitución Mexicana*, México, Themis, 2014, p. 92.

jurisdicción obligatoria de la Corte, cabe decir que está cifrada en el reconocimiento de los derechos humanos a título de resolución política fundamental de la nación mexicana. Un clásico del Derecho constitucional –Carl Schmitt– ha señalado que la ley fundamental de un país aloja las decisiones políticas fundamentales. Consideramos que a la cabeza de ellas se localiza el sistema de los derechos individuales –con su complemento social moderno–, en el que encarna el reconocimiento de la suprema dignidad del hombre y la definición de los quehaceres del Estado: tanto en sentido restrictivo o negativo, como en sentido activo o positivo”³⁷²

Precisados los términos en que fue aceptada la competencia contenciosa de la CoIDH y el estado actual de la misma, procederemos al estudio de la obligatoriedad de las decisiones de dicho órgano jurisdiccional específicamente en aquellos casos en que el Estado Mexicanos no fue parte, cabe destacar que el análisis se hará desde una perspectiva normativa y doctrinaria, toda vez que el análisis de dicho tema desde la perspectiva de la jurisprudencia emitida por la SCJN será abordado en el tercer capítulo de la presente investigación.

II.5.4 La posición de la CoIDH a partir de la RCDH y la fuerza normativa de sus resoluciones en el orden jurídico mexicano

Como se había analizado anteriormente, con la RCDH de 2011, se modificó de manera sustancial el contenido del artículo 1º constitucional, para quedar en los siguientes términos:

Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

“(…)”

Tal como se vio en el capítulo respectivo, la reforma al artículo 1º constitucional implicó un cambio en el sistema de fuentes del derecho en virtud de que la propia Constitución modificó el valor normativo de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales, de tal manera que se

³⁷² García Ramírez, Sergio y Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit, p. 33

constituyen como condición de validez del resto de las normas del orden jurídico mexicano.

En el caso de la CADH, misma que constituye uno de los tratados internacionales celebrados por México a los que se refiere el artículo 1º constitucional, tenemos que conforme al artículo 1 del Estatuto de la CoIDH se le reconoce a ésta última como la institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la CADH, es decir, se le reconoce a dicho órgano jurisdiccional como el intérprete auténtico³⁷³ o “último” de dicho pacto internacional³⁷⁴.

Ahora bien, para poder reconocer la posición de la CoIDH en el orden jurídico mexicano a partir de la RCDH, resulta imperativo acudir a la teoría del derecho y a la distinción que ésta última ha hecho entre disposición o enunciado normativo y norma³⁷⁵, según la cual la primera hace referencia al texto y la segunda se refiere al significado de dicha disposición o enunciado normativo, misma teoría que ha sido aplicada en materia de derechos fundamentales.³⁷⁶

³⁷³ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit, p. 354.

³⁷⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte en la Convención Americana (res interpretata). (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, op. cit., pp. 617 y ss.

³⁷⁵ Para Luigi Ferrajoli “las normas son reglas que pertenecen al derecho positivo en cuanto son efectos jurídicos puestos o causados por actos (T8.11, T8.12). Obviamente, en tanto reglas, las normas son *significados de preceptos* (T8.13), a los que vienen asociadas en cada caso mediante la interpretación jurídica. Pero el rasgo distintivo de tales actos preceptivos es, (...), que se trata de los mismos actos lingüísticos por lo que se producen las normas y de los que éstas son al mismo tiempo, los significados y efectos...” En Ferrajoli Luigi *Principia iuris, Teoría del derecho y la democracia*, vol. I. op. cit. p. 396. Para Riccardo Guastini se llama norma, en sentido estricto, a la “formulación normativa *interpretada*, o bien el *contenido de significado* de una formulación normativa”, En Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, op. cit, pp. 88.

³⁷⁶ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit, p. 32-38 y 46-49. Para Carlos Bernal Pulido las *normas de derecho fundamental* se definen como el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones de derecho fundamental. Este conjunto de significados se expresa mediante proposiciones prescriptivas que establecen que algo está iusfundamentalmente ordenado, prohibido o permitido, o que atribuyen a un sujeto una competencia de derecho fundamental, en Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ra. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 83.

Derivado de lo anterior, es posible sostener que las disposiciones de derechos humanos contenidas en un tratado internacional requieren para su positividad de la interpretación que efectúa el órgano encargado de su aplicación³⁷⁷, que en el caso de la CADH, será la propia CoIDH, tal como lo explica Sergio García Ramírez:

“La CoIDH se ha ocupado en la integración y la fuerza de las determinaciones del DIDH, tema que puede suscitar puntos de debate, resistencia o diferencia con los Estados. Digamos, en primer término, que los imperativos del Derecho interamericano de los derechos humanos tienen una composición compleja, que debe ser atendida en esta misma dimensión. Esa composición incluye tanto el precepto convencional – aceptado por el Estado parte en el acto de ratificación o adhesión-, como la interpretación de aquél –igualmente admitida por el Estado que reconoce la condición del Tribunal como intérprete y aplicador de la norma convencional.”³⁷⁸

Es claro en consecuencia que los pronunciamientos de la CoIDH, si bien versan sobre hechos concretos puestos a su consideración, también implican un pronunciamiento en torno al sentido y alcance de los derechos y libertades reconocidas en las disposiciones que integran el instrumento que aplica, es decir desentraña su significado³⁷⁹, mismos derechos y libertades a los que la propia CPEUM ha reconocido jerarquía constitucional.

De esta forma, la fuerza normativa de los pronunciamientos de la CoIDH en el orden jurídico mexicano se encuentra ligado a la posición que la CPEUM le

³⁷⁷ Para Hans Kelsen la interpretación que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica. Crea derecho. Por cierto que se habla sólo de interpretación auténtica cuando la misma adopta la forma de una ley, o de un tratado internacional, teniendo carácter general, es decir, creando derecho no sólo para un caso concreto, sino para todos los casos iguales, y ello, cuando el acto considerado como interpretación auténtica constituye la producción de una norma general. Pero también es auténtica, es decir, creadora de derecho, la interpretación realizada por un órgano de aplicación de derecho cuando crea derecho para un caso concreto, es decir, cuando el órgano produce sólo una norma individual o ejecuta una sanción. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 354.

³⁷⁸ García Ramírez, Sergio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit., p. 695. El mismo autor sostiene que “si la interpretación que realiza un tribunal internacional –y en particular la Corte IDH- de una norma convencional (o consuetudinaria) no tuviera carácter vinculante, *prima facie*, así como efecto *erga omnes*, sería imposible dotar de congruencia plena al sistema y se debilitaría el carácter preventivo y orientador de la jurisprudencia, en el sentido de fijar el rumbo para la interpretación de los tratados y las normas internacionales en atención al *principio pro persona* y a los deberes específicos de los Estados en el marco de la Convención Americana”. García Ramírez, Sergio y Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit., p. 214.

³⁷⁹ *Ibid.* p.697.

ha reconocido a los derechos emanados de dicho instrumento internacional, por lo que en su carácter de interprete auténtico y último de la CADH, las resoluciones de dicho órgano jurisdiccional constituyen el *corpus iuris* que determina el alcance y significado del conjunto de disposiciones, a las que la propia CPEUM les ha reconocido rango constitucional.

II.6. Los jueces ordinarios como jueces constitucionales y convencionales

Como se había anticipado en apartados anteriores, con la RCDH como marco jurídico aplicable, la SCJN (en la resolución recaída al Expediente Vario 912/2010) reconoció la existencia en el orden jurídico mexicano de un nuevo sistema de control de la regularidad de los actos de los poderes públicos, donde además del control constitucionalidad ejercido por los órganos del Poder Judicial de la Federación, se determina la existencia de un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad que deben ejercer todos los jueces del país.³⁸⁰

Tal como lo señala la resolución recaída al Expediente Varios 912/2010, el parámetro de análisis del control de regularidad que deberán ejercer todos los jueces del país se integra con todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (control de constitucionalidad) y con todos los derechos humanos contenidos en los Tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte (control de convencionalidad).³⁸¹

³⁸⁰ A la inspección de convencionalidad que debe ser llevada a cabo en el campo doméstico, Juan Carlos Hitters la llama *control primario*, al tratarse de la verificación difusa que es hecha dentro del país. Por otro lado se le llama *control de convencionalidad secundario* al ejercido por la propia ColDH. Hitters, Juan Carlos “Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2014, Núm. 22, Julio-Diciembre, p. 194. Tal como lo expone Peter Häberle en referencia al contexto europeo “cada tribunal constitucional nacional, en aplicación del Derecho Constitucional de la Unión Europea y/o del derecho del Convenio Europeo de Derechos Humanos es un tribunal comunitario europeo o un tribunal constitucional europeo. Incluso el pequeño tribunal del distrito de Bayreuth o el más pequeño tribunal de Palermo se transforma materialmente en este contexto en un “tribunal constitucional” y ello debido a su vinculación a la ley y al Derecho.” Häberle, Peter, “La jurisdicción constitucional en la fase actual del desarrollo del Estado Constitucional”, en: Hesse, Konrad y Häberle, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional Aleman)*, trad. Joaquín Brage Camazano, México, Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2011, Núm. 3. p.145.

³⁸¹ Cossío Díaz, José Ramón *et. al.*, *El Caso Radilla. Estudio y documentos*, *op. cit.* p. 878.

De esta forma los jueces nacionales, principalmente aquellos ajenos al Poder Judicial de la Federación, se encuentran obligados a aplicar en los casos sometidos a su consideración únicamente aquellas normas que resulten acordes con los derechos humanos, independientemente de que su fuente sea de naturaleza constitucional o convencional.

La operación que deben realizar los jueces nacionales en ejercicio por vía incidental del control difuso, tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, también es desarrollada por la Resolución del Expediente Varios 912/2010 en los siguientes términos:

“32. Esta posibilidad de inaplicación por parte de los jueces del país en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación.

“33. De este modo, este tipo de interpretación por parte de los jueces presupone realizar tres pasos:

“A) Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

“B) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

“C) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.”³⁸²

A juicio de José Ramón Cossío, los anteriores pasos “constituyen los elementos de la estructura del razonamiento y, por tanto, de la fundamentación y motivación de los jueces: parámetro de control más el razonamiento de tres

³⁸² *Ibid.* p. 879.

pasos para, en su caso justificar la inaplicación y que la misma sea legítima...”.³⁸³

El reconocimiento del control de convencionalidad en México no es una cuestión menor, es cuando toda vez que , precisamente, a partir de la doctrina del control de convencionalidad, ejercido por la ColDH o por los tribunales nacionales, se fomenta el «diálogo jurisprudencial» comprometido con la efectividad de los derechos humanos.³⁸⁴

Ciertamente, como lo sostiene Vergottini, la interacción entre jueces nacionales e internacionales se puede reconstruir con base en lo expresamente regulado por Constituciones, Convenciones y por lo introducido por las prácticas jurisprudenciales que han permitido encontrar un equilibrio de colaboración entre los dos órdenes de jueces³⁸⁵, tal como ocurre en México con el control de convencionalidad.

En consecuencia, la tesis del control de convencionalidad ha dado lugar a un creciente diálogo bidireccional entre los tribunales de derecho interno y la ColDH, mismo que, al tener un carácter dinámico, ha permitido el reconocimiento internacional del desarrollo jurisprudencial nacional y el reforzamiento de la recepción de la jurisprudencia interamericana.³⁸⁶

Por lo que respecta al caso mexicano el control de convencionalidad se relaciona igualmente con la cláusula de interpretación conforme, lo que a juicio

³⁸³ *Ibid.* p. 25.

³⁸⁴ “La doctrina del control de convencionalidad difuso, como un mecanismo para lograr la aplicación de la CADH y de su jurisprudencia por parte de las autoridades nacionales, y como una de las herramientas más prácticas e inmediatas para elaborar un *ius commune* en la región. A partir del ejercicio del control de convencionalidad por parte de la Corte IDH como tribunal supranacional y de las autoridades nacionales como primeras responsables de aplicar la Convención, se pretende fomentar un diálogo jurisprudencial comprometido con la efectividad de los derechos humanos. Este aspecto por el que la Corte IDH acude a los tribunales nacionales y viceversa con el propósito de articular el piso mínimo común en materia de derechos humanos, es cada vez más frecuente, como muestran sus resoluciones más recientes.” Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, op.cit., p. 178

³⁸⁵ De Vergottini, Giuseppe, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, trad. Pedro J. Tenorio Sánchez, Madrid, Cuadernos Civitas, 2010, p. 33.

³⁸⁶ Ayala Corao, Carlos, *Del Diálogo Jurisprudencial al control de convencionalidad*, op. cit. p.160-161.

de Ferrer Mac-Gregor, “propiciará seguramente un intenso «diálogo jurisprudencial» de manera “horizontal/vertical” entre los propios tribunales internos y éstos a su vez con la CoIDH. El mismo autor sostiene lo siguiente:

“La Suprema Corte de Justicia deja de tener el monopolio en la interpretación de los derechos humanos, al existir una pluralidad de intérpretes del texto constitucional (donde se incluyen los derechos humanos de fuente internacional). El “diálogo jurisprudencial” se traslada al ámbito nacional, entre la Suprema Corte, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, los Tribunales Superiores de Justicia en las entidades federativas y, en general, entre todos los jueces (federales y locales). De igual forma, la Corte IDH deja de erigirse como el único órgano jurisdiccional que interpreta la CADH y que puede realizar el “control de convencionalidad” para extenderse ahora hacia todos los jueces mexicanos que “deben” realizar interpretaciones al *corpus iuris* interamericano y ejercer dicho control dentro de sus competencias...”³⁸⁷

Como se observa, es precisamente la pluralidad de intérpretes, derivada de la recepción del control difuso de convencionalidad en México, lo que ha llevado a la doctrina a intentar encontrar “modelos y concepciones que induzcan a entrar en una dinámica más de cooperación y diálogo, que de competencia y conflicto”³⁸⁸, dichos modelos serán analizados en el siguiente capítulo de la presente investigación.

³⁸⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma.*, op. cit., pp. 428-429.

³⁸⁸ Serna de la Garza, José Ma., ¿Hacia un modelo dialógico en las relaciones entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales de América Latina? en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, op. cit., p. 1036.

CAPÍTULO III. EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

III.1 Delimitación terminológica del «diálogo jurisprudencial»

En el presente apartado procederemos a delimitar lo que entenderemos por «diálogo jurisprudencial» para efectos de la presente investigación. Para lo cual se estudiarán las diversas posturas en relación con el concepto de «diálogo jurisprudencial»³⁸⁹ y algunas críticas en torno a su uso indiscriminado en cualquier contexto: primero se hará un estudio del fenómeno del «diálogo jurisprudencial» y sus consecuencias para posteriormente proceder a la delimitación del concepto que guiará nuestra investigación.

III.1.1 El fenómeno de la comunicación judicial

En el actual mundo globalizado (el impacto del fenómeno de la globalización en el «diálogo jurisprudencial» será objeto de un análisis más detallado en los siguientes apartados), no sólo presenciamos la circulación de seres humanos, mercancías, servicios, flujos financieros, sino que también observamos la circulación de ideas, conceptos e incluso soluciones jurídicas³⁹⁰. El desarrollo de este fenómeno se ve facilitado en el contexto de un mundo conectado en línea, que ayuda a la divulgación del conocimiento de la labor de los tribunales y, por lo tanto, los intercambios activos³⁹¹.

Derivado de lo anterior se observa una intensificación de la *interdependencia* entre Estados y entidades internacionales, lo que ha provocado un cambio en buena parte de las bases sobre las que se asentaba la convivencia humana. Esto también ha tenido un efecto en el mundo jurídico y en el comportamiento de los órganos judiciales, una de cuyas manifestaciones fue conocida tempranamente como *transjudicial communication* entendida como el

³⁸⁹ Como lo explica Laurence Burgorgue-Larsen “la literatura jurídica acerca del tema es hoy en día sumamente extensa. Cada autor le otorga un significado particular en función de lo que quiere demostrar o analizar.” Véase Burgorgue-Larsen, Laurence, *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, op. cit. p. XIX

³⁹⁰ *Ibid.* pp. 5-6

³⁹¹ Ayala Corao, Carlos, *Del Diálogo Jurisprudencial al control de convencionalidad*, op. cit. p.XIII.

recurso habitual de los tribunales nacionales a la jurisprudencia dictada por tribunales extranjeros³⁹².

El fenómeno referido ha generado lo que la doctrina denomina “Cross-Fertilization of the Legal Systems”³⁹³, entendido como la exportación e importación de las ideas de un sistema jurídico nacional a otro, de un sistema jurídico regional a otro, y de un sistema jurídico internacional o regional a otros sistemas jurídicos de carácter nacional,³⁹⁴ produciéndose con esto un sincretismo jurídico-cultural que, de una o de otra forma, contribuye a generar confianza en los diferentes actores de la comunidad jurídica internacional³⁹⁵. A este respecto sostiene García Roca:

“Este proceso de comunicación judicial ha generado sin ninguna duda una *fertilización mutua (cross-fertilization)* entre diversas instancias jurisdiccionales y, por ende, entre ordenamientos jurídicos autónomos entre sí. Se ha creado progresivamente una recíproca influencia entre instancias jurisdiccionales muy enriquecedora desde casi todos los puntos de vista...”³⁹⁶

Ahora bien, tal como lo señala el mismo García Roca, desde una perspectiva formal, existen variadas formas de comunicación judicial. En primer lugar podremos anticipar que existe comunicación judicial “allí donde se produce

³⁹² García Roca, Javier, *et. al.*, “La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo.”, en García Roca, Javier, *et. al* (ed.). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Navarra, Editorial Citivas/ Thomson Reuters, 2012, p. 89. La denominación «*transjudicial communication*» se debe a la profesora Anne-Marie Slaughter, véase el artículo Slaughter, Anne-Marie, “A Typology of Transjudicial Communication”, *University of Richmond Law Review*, No. 29, 1994, pp. 99 y 102. (Documento web), en: <http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/Typology.pdf>, Fecha de consulta: 22 de enero de 2017.

³⁹³ Sobre los efectos del Croos- Fertilization en Europa véase el artículo de Francis G. Jacobs quien ha sostenido lo siguiente: “...It is clear, I think, that within the EU there has been a remarkable degree of judicial dialogue and cross-fertilization, all the more significant in view of the great differences in the legal systems of the Member States and their historical foundations” En: Jacobs, Francis G. “Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice” *Texas International Law Journal*, No. 38, 2003, pp.556. (Documento web), en: <http://www.tilj.org/content/journal/38/num3/Jacobs547.pdf>, fecha de consulta: 1 de octubre de 2013.

³⁹⁴ Slaughter, Anne-Marie, “A Typology of Transjudicial Communication”, *Op. cit.* p. 117.

³⁹⁵ Vázquez Esquivel, Efrén y Cienfuegos Sordo Jaime Fernando, “El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: Perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la jurisdicción interna” en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, Curitiba, vol. 61, No. 1, jan./abr. 2016, p. 22

³⁹⁶ García Roca, Javier, *et. al.*, “La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo.”, en García Roca, Javier, *et. al* (ed.). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 90.

una *referencia expresa* mediante la cita cruzada de precedentes jurisprudenciales extranjeros”³⁹⁷. También existe comunicación judicial cuando la referencia es de carácter tácito, es decir, cuando “es posible reconocer la huella de construcciones jurisprudenciales extranjeras o supranacionales en decisiones propias aún sin citar la fuente de procedencia”³⁹⁸, lo que el autor denomina *referencia tácita, implícita o inmanente*. Igualmente, los tribunales realizan un esfuerzo argumentativo por apartarse de decisiones externas, ya sea en forma implícita o explícita, para justificar su particular toma de posición, lo que el autor llama *comunicación oculta y por contraste*³⁹⁹.

Igualmente, desde la perspectiva de intensidad las comunicaciones judiciales también pueden variar⁴⁰⁰: en primer lugar, se habla de comunicación «*ad exemplum*» “en la que la jurisprudencia extranjera o supranacional es citada como referencia lejana y tanto en sentido positivo para apoyar la propia decisión, como negativo, para mostrar las deficiencias de tal construcción”⁴⁰¹. Se sostiene igualmente la existencia de una comunicación «*a fortiori*» “en la que la referencia comparada permite reforzar los argumentos propios de nuestro ordenamiento jurídico que nos han llevado a la misma conclusión”.⁴⁰² Asimismo se habla de una comunicación «*ad ostentationem*» “que pretende reforzar la propia construcción jurisprudencial mediante la cita erudita, un tipo de comunicación a mayor abundamiento”.⁴⁰³ Se habla incluso de la comunicación «*ad autoritatis*» en la que “la cita a una fuente jurisdiccional de reconocida autoridad permite asumir decisiones difíciles de argumentar sólo con el propio ordenamiento

³⁹⁷ *Id.*

³⁹⁸ *Id.*

³⁹⁹ *Ibid.* p. 91

⁴⁰⁰ La llamada intensidad de la comunicación judicial es equiparable con lo que Aarnio entiende como el proceso de justificación externa de las decisiones judiciales, el cual tiene como propósito esencial la búsqueda del convencimiento racional de los auditorios, respecto a la interpretación realizada en una decisión judicial. Véase Aarnio, Aulis, *On Legal Reasoning*, Turku, Annales Universitatis Turkuensis, 1977.

⁴⁰¹ García Roca, Javier, *et. al.*, “La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo.”, en García Roca, Javier, *et. al* (ed.). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 91.

⁴⁰² *Id.*

⁴⁰³ *Id.*

jurídico”.⁴⁰⁴ Finalmente el autor sostiene la existencia de una comunicación «ex lege» en la que es el propio ordenamiento jurídico el que obliga a tener en cuenta la jurisprudencia ajena.⁴⁰⁵

Precisado lo anterior, corresponde ahora distinguir entre la llamada *transjudicial communication* referida a lo largo del presente apartado y el «diálogo jurisprudencial» objeto de la presente investigación, así como la crítica de un sector de la doctrina al uso indiscriminado de éste último término y que a su juicio solo es utilizable en determinados contextos.

III.1.2 El concepto de «diálogo jurisprudencial»

La expresión “diálogo de los jueces”, sostiene Humberto Nogueira Alcalá, es una expresión utilizada de manera ambigua⁴⁰⁶ para describir el fenómeno “a través del cual algunas jurisdicciones consideran, en diversas modalidades, los precedentes de jurisdicciones no nacionales provenientes de un Estado extranjero o de una jurisdicción nacional o supranacional”.⁴⁰⁷ No obstante la

⁴⁰⁴ *Id.*

⁴⁰⁵ *Id.*

⁴⁰⁶ En el mismo sentido Rodrigo Brito Melgarejo ha estimado que “la idea de diálogo entre los tribunales es una noción que aunque no es nueva, sí puede considerarse bastante imprecisa y quizá no pueda ser aún una verdadera categoría jurídica en vez de una simple intuición, por lo que es necesario ofrecer algunos elementos para aclarar este concepto.” En: Brito Melgarejo, Rodrigo, “Diálogo jurisprudencial y protección de los derechos humanos”, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2016, p. 14 En: <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas-CTDH-Dialogo-Jurisprudencial.pdf>, (Documento web), Fecha de consulta: 16 de febrero de 2017.

⁴⁰⁷ Nogueira Alcalá, Humberto, *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, México, UBIJUS Editorial, 2014, p. 214. Sostiene el autor que “... Si se utilizará en forma precisa el vocablo diálogo implica bidireccionalidad en oposición a monólogo y fertilización cruzada del uso del derecho, vale decir, un intercambio de argumentos de ambas partes, lo que implica necesariamente un conocimiento cabal de los fallos del otro, dicho diálogo no necesariamente implica siempre acuerdos en enfoques y soluciones, sino que también implica reconocer diferencias contextuales, orgánicas y normativas. Dicho diálogo implicará migración de principios o razonamientos considerados válidos de un Tribunal a otro, como ha ido ocurriendo, por ejemplo, con el principio o postulado de proporcionalidad, como asimismo, de contenido esencial de los derechos, para señalar solamente algunos ejemplos de diseminación de principios que han sido asumidos por prácticamente todas las jurisdicciones constitucionales, aunque no necesariamente se explicita formalmente el haber asumido tal perspectiva. Dicho diálogo entre jueces y tribunales implica una forma de intercambio directo de argumentos entre jueces y Cortes en el ejercicio de su función jurisdiccional, integrándose en las relaciones entre las jurisprudencias de los diversos tribunales y Cortes. El diálogo jurisdiccional constituye así el procedimiento a través del cual

ambigüedad que aduce el autor en comentario, y que es compartida por la doctrina europea e incluso de América Latina, que a su vez comparten su formación europea con la propia, algunos autores han realizado estudios encaminados a determinar lo que debe entenderse por «diálogo jurisprudencial» a fin de dotar a dicho concepto de un mayor rigor científico.⁴⁰⁸

Como lo sostiene Vergottini:

“Los análisis del intercambio de las orientaciones jurisprudenciales que se pueden deducir del llamado «diálogo de los Tribunales» y la verificación del recurso que los Tribunales hacen al Derecho extranjero y a la comparación son un dato recurrente en los años recientes. La doctrina jurídica está intentando desde hace tiempo poner orden y dar sistematicidad a las intervenciones de la jurisprudencia en la actuación del Derecho existente que se desprende de Tratados y Constituciones y en la superación de las lagunas que se presentan cuando el Derecho escrito no consigue responder a las exigencias sociales (...)»

“A este propósito es inevitable constatar que en el panorama de las investigaciones publicadas en todo el mundo se repite con insistencia el término «diálogo» para describir el fenómeno en cuestión (...)»⁴⁰⁹

Precisado lo anterior, debemos comenzar reconociendo que un sector de la doctrina ha reconocido que el fenómeno de la *transjudicial communication*, descrito en el apartado anterior, no necesariamente implica la existencia de un «diálogo jurisprudencial», sino que para que éste último ocurra se requieren de un conjunto de presupuestos necesarios para su configuración; a este respecto resulta relevante la postura crítica de Giuseppe de Vergottini para quien, solamente en hipótesis limitadas, es correcto hablar de diálogo, mientras que en la mayoría de los casos resulta impropio reconducir al diálogo un supuesto

diversos tribunales intercambian razonamientos, interpretaciones y soluciones adoptadas frente a diversos problemas que deben resolver jurisdiccionalmente”.

⁴⁰⁸ García Roca, Javier, *et. al.*, “La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo.”, en García Roca, Javier, *et. al* (ed.). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 75. Esta indeterminación –sostienen los autores– “posee la ventaja –y el inconveniente– de su tremenda flexibilidad para describir los nuevos fenómenos, pero puede producir el riesgo de debilitar el rigor en la construcción propio de la metodología jurídica y de la teoría del ordenamiento y acabar por difuminar algunas de sus categorías, pues no se caracteriza por albergar excesivas preocupaciones por la construcción teórica.”

⁴⁰⁹ De Vergottini, Giuseppe, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, *op. cit.*, p. 33.

recurso a la comparación⁴¹⁰.

Para el autor citado debe partirse de la diferencia entre los fenómenos de la *influencia* y la *interacción*, en relación con la cual se sostiene que mientras la primera es unidireccional, la segunda implica una plausible reciprocidad y por tanto sólo a partir de la *interacción* parece sensato recurrir al concepto de diálogo.⁴¹¹ En base a lo anterior, el autor sostiene que sólo es posible hablar de un diálogo entre tribunales convencionales y estatales.

“En un ordenamiento internacional regional resulta inevitable la búsqueda de un equilibrio entre las competencias de intervención atribuidas a los órganos de la entidad interestatal de nueva creación y los órganos de los propios Estados que la componen. Un tribunal supranacional debe tener en cuenta a la hora de adoptar sus pronunciamientos las atribuciones residuales de los órganos estatales, mientras que, por su parte, los tribunales de los Estados miembros deben hacer lo propio a la vista de lo atribuido a los órganos de la entidad internacional. Se establecen de esta manera, de forma inevitable, acuerdos entre los dos órdenes judiciales. Y se produce así una verdadera interacción entre tribunales. La experiencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, más también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nos lo confirma.

“(…)

“Si en las relaciones entre los tribunales convencionales y los estatales resulta posible extraer la vigencia de un principio fundamental de colaboración que implica una constante interacción que permitiría hablar apropiadamente de diálogo, no puede afirmarse lo mismo por el contrario en el caso de las relaciones entre tribunales estatales de nivel parejo. Aquí sólo puede constatarse la presencia de una influencia de la jurisprudencia de tribunales dotados de particular prestigio.”⁴¹²

Una postura diversa (que no totalmente contraria) a la sostenida por Vergottini es la expuesta por Ayala Corao, quien a pesar de que sigue en gran parte lo expuesto por el autor italiano, llega a la conclusión de que sí existe un «diálogo jurisprudencial» entre tribunales de un mismo nivel estatal como son los tribunales constitucionales. Para ello, el autor deja de lado el “principio fundamental de colaboración” al que Vergottini da la mayor importancia y se

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 40.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 43

⁴¹² Vergottini, Giuseppe, “El diálogo entre tribunales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, op. cit., p. 483-484 y 486.

enfoca en el efecto útil de la cita y recepción de la jurisprudencia. En este sentido, el autor Venezolano sostiene lo siguiente:

“Ahora bien, independientemente de las clasificaciones posibles, el hecho de que un tribunal simplemente haga referencia o cite de alguna manera la jurisprudencia de otro tribunal, no constituye un diálogo jurisprudencial. Este ocurre solamente, cuando el tribunal receptor de la jurisprudencia la analiza razonadamente (*reasoning*), y explica y aplica su significado y alcance en la decisión del caso (*ratio decidendi*)...”

“(…)

“De tal manera que para que haya un diálogo jurisprudencial, la cita y la recepción de la jurisprudencia deben tener un *efecto útil* es decir, pertinente e idóneo, para que guarde coherencia con la argumentación del fallo...”⁴¹³

El autor citado justifica la existencia de un diálogo entre tribunales constitucionales del mismo nivel en el hecho de que si bien “a primera vista la recepción de una jurisprudencia constitucional por otro tribunal constitucionales pareciera un acto comparatista espontáneo”⁴¹⁴, se ha observado que el constitucionalismo democrático comparte una comunidad de valores comunes que justifica y hasta exige ese diálogo. Desde este punto de vista, aún y cuando en el caso de los tribunales nacionales se trata de una jurisprudencia “extranjera”, “tanto las normas constitucionales como los principios que subyacen en ellas justifican la búsqueda y la ponderación de soluciones debidamente razonadas a problemas comunes”.⁴¹⁵

Por su parte, para Humberto Nogueira Alcalá “el diálogo transjudicial implica libertad, apertura, equilibrio, persuasión, ausencia de visión hegemónica”, es decir, para el autor solo son auténticos diálogos los que no se desarrollan en el contexto de un vínculo jurídico nacional o internacional,⁴¹⁶ a este respecto el autor sostiene lo siguiente:

⁴¹³ Ayala Corao, Carlos, *Del Diálogo Jurisprudencial al control de convencionalidad*, op. cit. pp.2-4. A partir de lo anterior el autor concluye que el diálogo jurisprudencial, “aunque de distinta naturaleza, puede tener lugar: (1) entre tribunales de un mismo nivel estatal como son los tribunales constitucionales nacionales; (2) entre el TEDH y la Corte IDH; (3) entre el TEDH y los tribunales constitucionales europeos y (4) entre la Corte IDH y los tribunales americanos.”

⁴¹⁴ *Ibid.* p. 5

⁴¹⁵ *Id.*

⁴¹⁶ Nogueira Alcalá, Humberto, *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, op. cit., p. 214.

“Los diálogos o comunicaciones transjudiciales horizontales son los auténticos, son aquellos que se desarrollan entre tribunales de un mismo nivel, donde el diálogo es libre y espontáneo, de uso voluntario, actúan por persuasión, ya que no deriva de ninguna obligación jurídica internacional ni constitucional, lo que se facilita cuando se participa de una identidad cultural, de compartir un mismo sistema jurídico y del desarrollo de comunes métodos de razonamiento jurídico, de una identidad con el Estado constitucional democrático (...).”⁴¹⁷

En el mismo sentido se ha pronunciado Lucio Pegoraro cuando sostiene que:

“El uso del Derecho Internacional o Europeo pone en evidencia un problema de circulación “vertical” de la actividad interpretativa, porque frecuentemente, aunque no siempre, cuando un Juez nacional lo usa lo hace solo porque *debe* hacerlo, en cuanto que debe resolver problemas de compatibilidad entre diversas normas. Se trata de un uso *ratione imperii*, coesencial a su actividad no haciendo ni más, ni menos que cuando usa la Constitución nacional para detectar una contradicción entre la misma y una fuente subordinada, o cuando resuelve conflictos de competencia entre normas de distintos ordenamientos sobre la base de una *lex superior*. Se trata entonces de un monólogo, pero no sucede así, cuando el juez, sea nacional o internacional (o europeo), no está obligado a citar y a usar material de un ordenamiento distinto; en resumen, cuando la circulación es horizontal (así por ej.: entre la Corte interamericana y las Cortes europeas), o cuando una Corte usa el derecho extranjero porque *quiere* y no porque *debe*”⁴¹⁸

Para Vergottini por el contrario, la presencia de una influencia de la jurisprudencia de tribunales dotados de particular prestigio es el resultado del *clima cultural*, derivado de la vigencia de los tratados internacionales sobre derechos y de la jurisprudencia de los tribunales internacionales⁴¹⁹. A partir de lo anterior el autor concluye que la influencia entre tribunales nacionales es:

“Una situación que evidentemente no ha surgido en los últimos tiempos, como consecuencia de la formación de un nuevo clima cultural tras la superación de

⁴¹⁷ *Ibid.* 215

⁴¹⁸ Pegoraro, Lucio, “Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, op. cit., pp. 62-63.

⁴¹⁹ Vergottini, Giuseppe, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, op. cit., pp. 63-65. Este *clima cultural*, sostiene el autor, “significa poner el acento en la *comunidad de valores* de referencia que fundamentan el núcleo esencial de las constituciones, que caracteriza desde hace algún tiempo la situación de las relaciones que afectan a una parte eminente de la comunidad internacional, o en la universalización del Derecho constitucional, entendida bien como redescubrimiento de una especie de Derecho natural vigente prescindiendo del reconocimiento asegurado por los ordenamientos positivos, bien como extensión de las cartas internacionales de derechos, de las constituciones y de la introducción de sistemas de control de constitucionalidad confiados a determinados jueces.”

encasillamientos ideológicos. En realidad existe desde mucho tiempo atrás por la inevitable y natural atracción que tienen determinados sistemas jurídicos, que tienen la fuerza de manifestarse como modelos merecedores no sólo de atención sino también de imitación. En estos casos estaríamos ante una influencia meramente unidireccional no apareciendo en modo alguno la interacción que es, en suma, la esencial del diálogo.”⁴²⁰

Desde nuestra perspectiva, consideramos que asiste la razón a este autor italiano en cuanto a que resulta difícil sostener la existencia de un «diálogo jurisprudencial» entre tribunales nacionales de un mismo nivel, sin embargo, consideramos que para la existencia del «diálogo jurisprudencial» se deben surtir tanto el presupuesto colaborativo que implica la interacción a que hace referencia Vergottini, como el *efecto útil*⁴²¹ del uso de la jurisprudencia de una corte supranacional por parte de un tribunal nacional y viceversa referido por Ayala Corao.⁴²²

En relación con lo expuesto por Nogueira y Pegoraro, dichos autores pasan por alto que aún y cuando la “verticalidad” conlleve una obligación de tomar en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal, en el contexto del «diálogo jurisprudencial» dicha obligación no implica necesariamente ajustarse al sentido del criterio sostenido por dicho tribunal en su jurisprudencia, siendo que como lo sostiene Laurence Burgorgue-Larsen “el diálogo induce tanto el acuerdo como la oposición, tanto la contradicción o la discordia como el acuerdo, la concordia o

⁴²⁰ Vergottini, Giuseppe, “El diálogo entre tribunales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, op. cit., p. 487.

⁴²¹ Este ejercicio de razonamiento, sostiene el autor, “debe llevarse a cabo siempre, no solamente cuando la solución dada por el juez coincida con la jurisprudencia citada, sino igualmente cuando se utilice para llenar “vacíos” de normas de contorno impreciso. De esta forma, el diálogo jurisprudencial también opera como un control a la arbitrariedad judicial, cuando so pretexto de pretender legitimarse con fluidas citas comparadas e internacionales, termine arribando a una solución injusta, incoherente, contradictoria, irrazonable o desproporcionada. De allí que la legitimidad de las sentencias se verifica en su razonamiento. La confrontación con sus propios antecedentes que debe hacer el tribunal que recibe la jurisprudencia, a través de un proceso de argumentación, es la que va a permitir el verdadero diálogo jurisprudencial (*dialogical interpretation*). De esta forma, la jurisprudencia “recibida” produce una verdadera “fertilización” en la jurisprudencia del tribunal “receptor” (*cross fertilization*). En: Ayala Corao, Carlos, *Del Diálogo Jurisprudencial al control de convencionalidad*, op. cit. p.3.

⁴²² No se trata, sostiene Ayala Corao, “de monólogos ni tampoco de meros ejercicios comparatistas o de erudición de jurisprudencia. Tampoco se trata de una influencia por sí misma sobre otro; ni de la cita que a veces hacen algunos tribunales para tratar de darle un manto de autoridad o legitimidad a sus sentencias, sin que se razone la *ratio* de la decisión optada.” *Ibid.* pp.2-3.

la aprobación.”⁴²³

Desde una perspectiva contextual, Bustos Gisbert ha definido al «diálogo jurisprudencial» como la comunicación entre tribunales derivada de una obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio Derecho. Y por tanto, concluye el autor, “el diálogo es un tipo de comunicación obligatoria entre tribunales porque actúan en un contexto de pluralismo constitucional”⁴²⁴, tema que se desarrollará en el siguiente apartado y donde se demostrará que en el caso de México nos encontramos precisamente en el contexto de un pluralismo constitucional en relación con el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

Precisado lo anterior, y a fin de delimitar el concepto de «diálogo jurisprudencial» que guiará la presente investigación podemos concluir que este existirá en el caso de México, cuando los jueces constitucionales y convencionales tomen en cuenta, con efecto útil, la jurisprudencia de la CoIDH, para aplicar el propio Derecho.

III.2 Tipologías de la comunicación transjudicial y el «diálogo jurisprudencial»

El «diálogo jurisprudencial» no ha escapado a los esfuerzos doctrinales de elaborar una tipología de sus manifestaciones en el plano fenomenológico; en consecuencia y dada su utilidad para efectos de precisar el tipo de «diálogo jurisprudencial» objeto de la presente investigación, estimamos necesario considerar lo observado por la profesora Anne-Marie Slaughter, quien elabora su tipología desde las perspectivas “geométricas”, de grado de reciprocidad y de funciones , así como por la profesora Laurence Burgorgue-Larsen, quien elabora

⁴²³ Burgorgue-Larsen, Laurence, “La formación de un derecho europeo a través del diálogo judicial” en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.) *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, op. cit., p. 30.

⁴²⁴ Bustos Gisbert, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, op. cit., p. 176.

su tipología a partir de la libertad con que se desarrolla el «diálogo jurisprudencial».

III.2.1 Tipología de Slaughter

A. Formas de Comunicación Transjudicial

Para la profesora de la Universidad de Harvard la geometría de las comunicaciones transjudiciales varía de acuerdo con estatus nacional o supranacional de los tribunales participantes en el diálogo. Para la autora existen tres distintas formas de diálogo: horizontal, vertical y vertical-horizontal.⁴²⁵

a) Comunicación horizontal

La comunicación horizontal tiene lugar entre cortes (nacionales o supranacionales) del mismo nivel jerárquico. En este tipo de comunicación los tribunales no se encuentran formalmente obligados a seguir o siquiera a tomar en cuenta la jurisprudencia de las otras cortes⁴²⁶, sino que se recurre a ella por simpatía, por reconocimiento de mayor experiencia y por uso de razonamientos a los cuales se les reconoce cierta autoridad o legitimidad que refuerzan las decisiones propias.⁴²⁷

b) Comunicación vertical

Este tipo de comunicación tiene lugar entre tribunales nacionales y supranacionales. La forma más desarrollada de ésta forma de comunicación surge en el contexto de tratados internacionales que establecen un tribunal supranacional con una jurisdicción especializada que se superpone a los tribunales de los países miembros de dicho tratado. El marco estructural dentro del cual dichos tribunales operan, establece una relación entre ellos y las cortes de los estados cuyas obligaciones vigilan. Más aún, la efectividad práctica de los

⁴²⁵ Anne-Marie Slaughter, véase el artículo Slaughter, Anne-Marie, "A Typology of Transjudicial Communication", *op. cit.* p.103.

⁴²⁶ *Id.*

⁴²⁷ Nogueira Alcalá, Humberto, *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, *op.cit.*, p. 209.

tribunales supranacionales dependerá en buena medida del grado con que los tribunales nacionales tomen en cuenta sus decisiones.⁴²⁸

c) Comunicación vertical-horizontal

Finalmente, para la profesora Slaughter, las formas vertical y horizontal de comunicación transjudicial antes descritas pueden combinarse de distintas maneras. En primer lugar, un tribunal supranacional puede servir como conducto para una comunicación horizontal. La autora pone como ejemplo a los Estados Parte en la Convención Europea de Derechos Humanos cuyas regulaciones nacionales son exportadas a través de la CEDH.⁴²⁹

Una segunda variante de este tipo de comunicación asume la presencia de principios legales comunes en los órdenes nacionales que pueden ser extraídos y diseminados por un tribunal supranacional. En esta concepción, el tribunal supranacional actúa menos como un conducto de las diversas experiencias nacionales y toma la función de extraer un conjunto de principios universales que pueden ser comunicados posteriormente a las cortes nacionales a través de procedimientos judiciales.⁴³⁰

B. Grados de Reciprocidad

Una segunda clasificación propuesta por la profesora Slaughter atiende al grado de reciprocidad manifestado por los tribunales dialogantes, los cuales distingue en diálogo directo, monólogo y diálogo intermediado.

a) Diálogo directo

Para la autora este tipo representa un genuino diálogo en el que la

⁴²⁸ Anne-Marie Slaughter, véase el artículo Slaughter, Anne-Marie, "A Typology of Transjudicial Communication", *op. cit.* pp.106-107.

⁴²⁹ *Ibid.* p. 112. La autora cita a Polakiewicz y Jacob Foltzer quienes sostienen que "domestic courts have gradually abandoned their reserved attitude with regard to the Convention. We are witnessing the beginning of a true dialogue between the European Human Rights Court and national jurisdiction whereby principles like the proportionality test that have been developed in certain national legal orders are taken up by the European Court of Human Rights and later accepted in other countries as part of a common European standard."

⁴³⁰ *Ibid.* pp. 112-113.

comunicación entre dos tribunales es efectivamente iniciada por uno y respondida por el otro. La diferencia principal entre este tipo de diálogo y otras formas de comunicación transjudicial es que ambos participantes están conscientes de con quien están interactuando y que ambos están dispuestos a tomar en cuenta la respuesta del otro.⁴³¹

b) Monologo

Existirá un monologo en el sentido que una corte cuyas ideas o conclusiones son tomadas por cortes extranjeras, ya sea nacionales o supranacionales, las cuales no son participantes conscientes en una conversación recíproca. La corte original puede tener una idea de que sus puntos de vista tienen una audiencia foránea, sin embargo, la capacidad de comunicarse con cortes extranjeras depende de la iniciativa de dichas cortes.⁴³²

c) Diálogo intermediado

Para ejemplificar este tipo de diálogo la autora apela al existente entre las cortes de los Estados Parte en la Convención Europea de Derechos Humanos, en el cual la CEDH opera efectivamente como un intermediario entre las cortes nacionales. Este tipo de diálogo se acerca por un lado a un monologo, en la medida que la corte originaria no tiene control sobre la diseminación de sus ideas. Por otro lado, la CEDH conscientemente lleva a cabo dicha diseminación, con una audiencia específica de cortes nacionales, y gobiernos.⁴³³

C. Funciones

La tercera tipología propuesta por la profesora Slaughter atiende principalmente a las diversas funciones que las comunicaciones transjudiciales desempeñan. Algunas de estas funciones, sostiene la autora, son fácilmente discernibles del resto de las formas de comunicación mientras que otras requieren un análisis del contexto en el que dichas comunicaciones tienen

⁴³¹ *Ibid.* p. 113.

⁴³² *Id.*

⁴³³ *Id.*

lugar.⁴³⁴

a) Mejorar la Efectividad de los Tribunales Supranacionales

En relación con este punto, la autora sostiene que los tribunales supranacionales pueden usar la comunicación transjudicial para fortalecer su efectividad al convencer a tribunales nacionales de seguir sus determinaciones. Siguiendo a Mancini, la autora sugiere que el diálogo con las cortes nacionales es una de las pocas herramientas con las que cuenta un tribunal supranacional a su disposición. El resultado de dicho diálogo puede tener un propósito didáctico o tener un esfuerzo estratégico de acceder a un público en particular. Es, sin embargo, una conversación entre cortes con el propósito de fortalecer la autoridad de la corte supranacional.⁴³⁵

b) Asegurar y promover la aceptación de obligaciones internacionales recíprocas.

El aumento de la efectividad de un tribunal supranacional fortalecerá el régimen internacional que dicho tribunal está encargado de hacer cumplir. La comunicación transjudicial de carácter horizontal puede tener un rol de promover la aceptación y efectividad de las obligaciones internacionales. En una situación en la cual un número de estados están considerando aceptar una obligación internacional particular, las referencias a la actividad de otras cortes nacionales puede actuar tanto a como una garantía. Por un lado, al mirar a las acciones de otros Estados, una corte nacional podrá asegurarse a sí misma y a su gobierno que no podrá en desventaja a la nación en relación con otras; por otro lado, un abogado podría argumentar ante la corte que el gobierno debe acoplarse alinearse con el resto de los gobiernos, sugiriendo la posibilidad de que sea excluido si no participa.⁴³⁶

Esta función de comunicación horizontal judicial tiene un doble propósito:

⁴³⁴ *Ibid.* p. 114.

⁴³⁵ *Ibid.* pp. 115-116.

⁴³⁶ *Ibid.* p. 116.

también puede funcionar para debilitar o al menos dificultar la aceptación de obligaciones internacionales respecto de las cuales existe evidencia de una ausencia de reciprocidad. Cuando las cortes nacionales no pueden encontrar evidencia de aceptación recíproca de las obligaciones internacionales por sus contrapartes extranjeras, ellos dudarán en poner una carga sobre su propio gobierno.⁴³⁷

c) *Cross-Fertilization*.

Este concepto es una función más general, una que puede acompañar a todas las otras funciones identificadas o que pueda servir como un fin en sí misma, es más general y más difícil de dirigir o contrala: es la simple diseminación de ideas de un sistema legal nacional a otro, de un sistema legal regional a otro, o de un sistema legal internacional o sistema legal internacional regional en particular a sistemas legales nacionales. El propósito o el efecto del fenómeno del *cross-fertilization* puede ser el de proveer inspiración para la solución de un problema legal en particular. Alternativamente y de una manera más amplia, *cross-fertilization* puede promover el desarrollo de sistemas legales nacionales de reciente creación a través de la aceptación de cuerpos normativos extranjeros enteros.⁴³⁸

La diseminación de ideas en una forma útil para los jueces es una forma de comunicación transjudicial que requiere poca dirección o enfoque. Así como la metáfora del *cross-fertilization* sugiere la corte de origen de las reglas legales o principios en cuestión, las proyecta a los vientos internacionales sin conocimiento o interés de cuál será su destino. Ni la corte emisora ni la corte receptora se encuentran ligadas por un tratado o por ninguna otra forma de vínculo formal.⁴³⁹

Una *cross-fertilization* pura a través de la comunicación transjudicial es probablemente muy difícil de rastrear. Si la corte receptora genuinamente busca

⁴³⁷ *Id.*

⁴³⁸ *Ibid.* pp. 117-118

⁴³⁹ *Id.*

solamente ideas o inspiración de cortes extranjeras, no tendrá ningún incentivo en reconocerle crédito a la fuente de dichas ideas en su opinión. Por el contrario, el orgullo personal y nacional podría darle al juez toda clase de incentivos para adoptar una línea de razonamiento como propia.⁴⁴⁰

Por consiguiente, la evidencia de influencias intelectuales extranjeras, en la cita directa o comparación de una decisión extranjera, es probable que refleje algo más que una simple *cross-fertilization*. En estos casos la evidencia de que una corte extranjera ha llegado a la misma conclusión aparentemente tiene un valor independiente, llevando a la corte receptora no sólo a tomar prestada una idea, sino a difundir su fuente. De hecho la corte receptora puede llegar a la misma conclusión o formular el mismo razonamiento independientemente y, sin embargo, buscar y citar evidencias de que cortes extranjeras comparten el mismo razonamiento.⁴⁴¹

d) Resaltar la persuasión, autoridad y legitimidad de una decisión individual.

Independientemente de que una corte receptora haya de hecho tomado una idea o una solución legal de una decisión extranjera, la cita de dicha decisión será probablemente el reflejo de la intención calculada por parte de la corte receptora de evidenciar la existencia de un soporte extranjero o razonamientos similares para fortalecer su propia decisión. Ante la ausencia de una jerarquía judicial definida, tal intención puede tener diversos significados. En primer lugar, para cortes adhiriéndose a lo que los abogados americanos definen como una interpretación de la ley sumamente formalista —una visión de que la ley no es creada sino descubierta— es evidencia de que cortes alrededor del mundo han llegado a conclusiones similares a problemas legales similares y constituiría evidencia de que la decisión en cuestión fue una correcta interpretación de “la ley”. En segundo lugar, para las cortes con una vista más realista de la ley —que entienden la indeterminación potencial de la ley y aun así

⁴⁴⁰ *Id.*

⁴⁴¹ *Ibid* pp. 118-119.

están comprometidos con la necesidad de persuadir y también de obligar a los litigantes, abogados y ciudadanos en cualquier caso en particular—es la persuasión de que una decisión en particular pueda ser resaltada por una simple demostración de que otros han seguido el mismo camino. Y en tercer lugar, las tradiciones culturales e históricas pueden dotar a las decisiones de una corte extranjera en particular de autoridad o legitimidad. Las decisiones de cortes pertenecientes a un poder colonial previo pueden disfrutar de este estatus después de que la relación colonial ha terminado, como en el caso de la autoridad de decisiones inglesas en el naciente sistema legal americano.⁴⁴²

e) Deliberación colectiva

La quinta función de la comunicación transjudicial es el acogimiento de un proceso de deliberación colectiva judicial sobre un conjunto de problemas comunes. Pero el ejemplo más general de la deliberación judicial colectiva es más frágil y especulativo. También se encuentra limitado al dominio de los derechos humanos. La creciente inclinación de las cortes nacionales y regionales de seguir la jurisprudencia de la CEDH —así como la cita de las decisiones de la CEDH por las cortes de Zimbabue y por la CIDH— sugiere el reconocimiento de la existencia de un conjunto de problemas en materia de derechos humanos a ser resueltos por las cortes alrededor del mundo en forma dialogada. Este reconocimiento proviene de la idea de la universalidad de los derechos humanos imbuida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La premisa de la universalidad, sin embargo, no reconoce a un tribunal en particular con autoridad universal para interpretar y aplicar estos derechos. La deliberación judicial colectiva a través del reconocimiento del uso de decisiones obtenidas de otros tribunales de derechos humanos enmarca un proceso universal de deliberación y decisión judicial.⁴⁴³

III.2.2 Tipología de Burgorgue-Larsen

⁴⁴² *Ibid.* p. 119

⁴⁴³ *Ibid.* pp. 119 y 121-122.

A. Diálogo regulado o concertado.

Este tipo de diálogo se inserta en el sistema jurídico, y cobra la apariencia de verticalidad, en la medida en que se materializa entre un juez internacional y un juez interno.⁴⁴⁴ Este diálogo deriva de una serie de reglas procesales o de obligaciones internacionales que disminuyen la libertad del juez nacional al incitarle a dialogar con el juez supranacional. Para la autora, en el contexto de la Unión Europea, el mecanismo del reenvío prejudicial es revelador de un diálogo regulado por excelencia.⁴⁴⁵

B. Diálogo integrado

Dentro del “diálogo regulado”, la autora también hace mención del llamado “diálogo integrado”, que es aquél que se encuentra organizado de tal manera que lleve a la vigencia y efectividad de la integración europea; en este punto también aduce como ejemplo el mecanismo del reenvío prejudicial.⁴⁴⁶

C. Diálogo convencional

Se encuentra igualmente dentro del llamado “diálogo regulado” y es aquél que, sin tomar un canal procesal equivalente al mecanismo prejudicial, se manifiesta entre los tribunales supranacionales y los tribunales nacionales que tienen que actuar como “jueces convencionales”. En este caso, sostiene la autora, según sean los órdenes constitucionales, los hábitos jurisdiccionales y la configuración sociológica de los órdenes judiciales, el diálogo será más o menos conflictivo.⁴⁴⁷

D. Diálogo espontáneo

Este tipo de diálogo no deriva de una obligación internacional como tal, sino que a menudo es posible observar que el diálogo espontáneo es la

⁴⁴⁴ Burgorgue-Larsen, Laurence, *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, op.cit., p. 114.

⁴⁴⁵ Burgorgue-Larsen Laurence, “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.) *op. cit.*, p. 32.

⁴⁴⁶ *Id.*

⁴⁴⁷ *Id.*

manifestación de la existencia de una multitud variada de obligaciones invisibles; el juez, se sostiene, está aprisionado por lazos múltiples que no puede ignorar al razonar su fallo y al momento de adoptarlo de manera definitiva.⁴⁴⁸

III.3 Globalización, universalidad de los derechos humanos y pluralismo constitucional como presupuestos para el «diálogo jurisprudencial»

III.3.1 Globalización y «diálogo jurisprudencial».

El fenómeno de la globalización⁴⁴⁹ y la postmodernidad han venido a producir, entre otros de sus efectos de muy diversa índole, un mayor debilitamiento de la racionalidad positiva que fundamenta la teoría jurídica de la modernidad. Y, con ello, el derrumbamiento de algunos de sus conceptos jurídicos fundamentales, ahora vacíos de contenido; conceptos que ya no representan la facticidad que hoy fluye en el mundo de lo social y de la vida⁴⁵⁰.

Ante la incertidumbre que generan todos estos cambios, no pocos juristas, olvidando la necesidad de verdades universales, obviamente, sólo bajo ciertas situaciones y en ciertos valores que protegen y estimulan el desarrollo de los derechos humanos, apelan a la defensa del nacionalismo y el derecho patrio para tratar de hacer valer el viejo utillaje del positivismo jurídico.⁴⁵¹ Otros más

⁴⁴⁸ *Id.*

⁴⁴⁹ Para David Held la globalización “connota la ampliación e intensificación de relaciones sociales, económicas y políticas a través de regiones y continentes. Es un fenómeno multidimensional que abarca muchos procesos diferentes y opera en múltiples escalas temporales”. Véase Held, David, “¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (Comp.) *Estado constitucional y globalización*, 2da. edición, México, Editorial Porrúa/UNAM, 2003, p. 33

⁴⁵⁰ Desde el punto de vista teórico, concretamente desde la perspectiva de la hermenéutica filosófica, el «diálogo judicial», el cual históricamente emerge en los contextos de la postmodernidad (o hipermodernidad) y el capitalismo avanzado que trajo consigo la globalización económica, tiene la estructura de un diálogo racional, y, por ende, de un «diálogo hermenéutico». Véase Vázquez Esquivel, Efrén y Cienfuegos Sordo Jaime Fernando, “El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: Perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la jurisdicción interna” en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, op. cit., p. 11.

⁴⁵¹ A este respecto Brito Melgarejo ha sostenido que “la integración de la justicia constitucional al proceso dialógico no ha sido inmediata y esto se debe quizá a la tensión que existió entre la comparación constitucional y la tradición del derecho público del Estado nacional, con su gran número de categorías y aparatos dogmáticos formados en el ámbito impenetrable y exclusivo de la estatalidad. El positivismo que dominó durante el siglo XIX y parte del XX generó una serie de obstáculos a la comparación en el ámbito jurisdiccional, pues se creía que la labor del juez se limitaba a la realización de un simple silogismo jurídico. Por lo tanto, el derecho extranjero sólo

hablan de la necesidad de un cambio de paradigma para comprender todas estas transformaciones; pero, paradójicamente, los resultados de sus deliberaciones muestran el sello de la matriz epistemológica del positivismo, por lo que, sin desconocer sus serios intentos, los avances en cuanto a los elementos que la estructura del «diálogo jurisprudencial» requiere son exiguos. En relación con lo anterior Manuel Atienza ha sostenido lo siguiente:

“La línea de desarrollo de los derechos que representa la globalización parece ir en contra de una concepción positivista del derecho. El derecho, me parece, tiende a configurarse y a verse por sus operadores no tanto, o no sólo, como un sistema, como un conjunto de normas preexistentes, sino más bien como una práctica, como un procedimiento o un método para conciliar intereses, resolver conflictos, etc. Ello supone una cierta difuminación de los límites de lo jurídico y una nueva manera de entender la función de la ciencia, de la teoría, del derecho: no se trata tanto de describir un objeto (de manera más o menos abstracta) que está ya completamente determinado, cuanto de partir de ahí (de ciertos materiales previamente existentes) y mostrar cómo pueden usarse para operar en esa práctica y lograr determinados objetivos”.⁴⁵²

En este sentido, para que el «diálogo jurisprudencial» sea tal, se tiene que incorporar la reelaboración conceptual de los últimos tiempos. Desde nuestro punto de vista, los conceptos jurídicos que más han sido afectados por la internacionalización de la producción y la liberalización de mercancías, bienes y servicios, que ha traído consigo la globalización económica, con apoyo del nuevo conservadurismo ideológico postmoderno que se anuncia como *el fin de las ideologías* —creándose así un nuevo orden que traspasa las fronteras de los países—, son los conceptos de: soberanía, el cual ahora se determina preponderantemente por el mercado⁴⁵³; el de fuentes del derecho, antes

se aplicaba cuando la *lex fori* reenviaba a un ordenamiento extranjero para la solución de una determinada controversia.” Brito Melgarejo, Rodrigo, *El diálogo entre tribunales constitucionales*, México, Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2011, Núm. 49, pp.10-11.

⁴⁵² Atienza Manuel, “Constitucionalismo, globalización y derecho”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (ed.), *El canon neoconstitucional*, op. cit., pp. 276-277

⁴⁵³ Ferrajoli, Luigi. “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (Comp.) *Estado constitucional y globalización*, op. cit., pp. 313-324; Sobre la influencia del mercado en la determinación de un nuevo concepto de soberanía que traspasa las fronteras, y, a la vez, genera condiciones para la sustitución del Estado social por el Estado mínimo, fundado ésta en la lógica de una nueva teoría contractualista individualista, véase Kern, Lucian y Müller, Hans Peter, *La justicia: ¿Discurso o mercado? Los nuevos enfoques de la teoría contractualista*, trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Editorial Gedisa, 1992, pp. 208 y ss.

determinado sólo por factores del ámbito territorial;⁴⁵⁴y el de norma suprema como concepto fundante básico y dador único de sentido y validez de una multiplicidad de normas, pertenecientes a un determinado sistema jurídico.⁴⁵⁵

Por las razones que se expondrán más adelante, todos estos cambios históricos que ha traído el nuevo orden económico al Derecho, son favorables a la elevación de la cultura jurídica de la comunidad internacional. Pues han venido a impactar positiva y considerablemente en el ámbito de la función jurisdiccional, en razón de que los órganos encargados de la impartición de justicia se ven compelidos a tomar en cuenta en sus decisiones las directrices normativas e interpretativas trazadas por organismos supranacionales, principalmente en materia de protección de derechos humanos, con lo cual, al dotar a las decisiones judiciales de un mayor índice de racionalidad jurídica, se amaina un poco la crisis del positivismo jurídico que se sigue viendo en la comunidad jurídica internacional⁴⁵⁶.

En consecuencia, el fenómeno de la globalización económica, que se despliega en el Estado neoliberal, no sólo ha incentivado el aludido conservadurismo ideológico que envuelve a la actividad comercial dependiente del mundo de la técnica⁴⁵⁷, sino que además ha venido a estimular el desarrollo de la ciencia jurídica. Lo que prueba que, históricamente, en los procesos de globalización no sólo se intercambian mercancías y servicios profesionales, sino también ideas: cultura. En el caso que nos ocupa, el proceso de la globalización

⁴⁵⁴ Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México. op. cit.*, pp. 204 y ss.

⁴⁵⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho, op. cit.*, pp. 202 y ss.

⁴⁵⁶ Véase Vázquez Esquivel, Efrén y Cienfuegos Sordo Jaime Fernando, "El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: Perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la jurisdicción interna" en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR, op. cit.*, p. 13.

⁴⁵⁷ Como sostiene Efrén Vázquez Esquivel, de este tema lo que ya se han ocupado y se siguen ocupando economistas, politólogos, sociólogos y filósofos, (abundan los estudios sobre el tipo de prácticas discursivas del neoliberalismo económico, usadas para la manipulación político-ideológica, lo mismo que sobre el debate postmodernidad *versus* hipermodernidad). Los economistas y politólogos han tratado de comprender y explicar las grandes contradicciones de los modelos de integración regional, los cuales paradójicamente abren las fronteras a la circulación de mercancías, bienes y servicios, y al mismo tiempo, sin consideración alguna de violaciones a los Derechos humanos, las cierran a la libre circulación de personas que luchan por su subsistencia. En *Id.*

económica, relacionada a los ya mencionados fenómenos, ha traído consigo el replanteamiento de los conceptos de derecho y justicia desde una perspectiva global y universal. Es decir, tomando en consideración, para la reformulación de estos conceptos por medio de un diálogo racional, elementos de las diversas tradiciones de la comunidad internacional.

Para aquellos que les concierne la constitución, sostiene Zagrebelsky, “la globalización puede ser definida como la *condición por el que acontecimientos lejanos, y cadenas causales del más variado género, producen consecuencias sobre la protección local de los bienes constitucionales y viceversa.*”⁴⁵⁸ Por su parte, para Cossío Díaz las funciones de la globalización para el constitucionalismo, son las siguientes:

“Primeramente está el relativo a que la globalización le sirve al constitucionalismo como vehículo de transmisión. Como se dijo, uno de los pilares más fuertes del constitucionalismo radica en el supuesto de que el mismo es moralmente correcto en tanto reivindica la dignidad del hombre. Si ello es así, sus sostenedores no pueden sino pretender que esa idea o visión se expanda a lo largo del mundo, de manera que en todos los órdenes jurídicos se llegue a garantizarla. Esta visión requiere, entonces, que el constitucionalismo no sea considerado como la mera emanación de los contenidos de un orden concreto (en particular de su Constitución, sino de un modo mucho más ambiciosos, como el supuesto en el cual descansan los órdenes modernos, sea esto a nivel nacional o internacional. ¿Cómo llevar a cabo la transmisión de las ideas propias del constitucionalismo sin que ello resulte sospechoso o parezca un resultado más de la occidentalización del mundo? En primer lugar, utilizando con plenitud sus propios supuestos en cuanto a la posición del hombre, la naturalidad de sus contenidos, la dialéctica de sus postulados, etcétera; en segundo lugar, insertándolo dentro de la dinámica de la globalización, al punto de hacerlo aparecer dentro de la inevitabilidad que esta última conlleva. Al plantearse en este segundo plano, la globalización no tiene que imponer el contexto expansionista de su discurso, sino que debido a que este último le sirve a aquella, aprovecha el contexto que ya tiene construida la globalización, y a partir de él, logra la suya propia.”⁴⁵⁹

Como se puede observar, es en el contexto de los citados fenómenos de

⁴⁵⁸ Zagrebelsky, Gustavo, “El juez constitucional del siglo XXI”, trad. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2008, Núm. 10, Julio-Diciembre, p.251. como la condición, sostiene el autor, por el que la disciplina local (o la ausencia de disciplina) de bienes constitucionales en un lugar produce consecuencias en otros lugares lejanos. “Lejanos” significa más allá del confín de la validez y eficacia de la constitución y fuera del alcance de los poderes reguladores de que disponen las sociedades que los padecen”.

⁴⁵⁹ Cossío Díaz, José Ramón. “Constitucionalismo y globalización”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (Comp.) *Estado constitucional y globalización, op. cit.*, pp. 237-238.

la globalización, de naturaleza económica, y el de la posmodernidad (o hipermodernidad), de naturaleza cultural, ideológica, política y filosófica — vinculados estos dos fenómenos al de la regulación jurídica internacional de la postguerra (que dio origen en 1945 a la Declaración Universal de los Derechos Humanos)— en el que, en la segunda mitad de los años 90, aparecen los primeros estudios sobre la práctica del derecho constitucional global. Estudios en los que, como refiere Tania Groppi, se reflexiona sobre el creciente rol que desempeñan los jueces constitucionales como protagonistas de la vehiculación-jurídica-conceptual transfronteriza, haciendo ver el uso de “argumentos asistemáticos, esto es, la referencia, cada vez más frecuente en sus dediciones judiciales, al Derecho internacional o extranjero, comprendidas las decisiones de otras cortes constitucionales”.⁴⁶⁰

De manera más precisa, el «diálogo jurisprudencial» en la práctica de los operadores jurídicos ha tenido sus primeros escauceos —de manera particular en la protección de los derechos humanos, por parte de los organismos supranacionales— a raíz del tráfico comercial que se produce con la celebración del Tratado de la Unión Europea, el 1 de noviembre de 1993. Así es que el desarrollo de un *ius commune* europeo⁴⁶¹ y últimamente la búsqueda de un *ius commune* en América Latina es, en la época actual, uno de los subproductos de la apertura comercial y el pluralismo cultural, moral y político de los diversos países que integran la aldea global. El *ius commune* ha requerido de los

⁴⁶⁰ Groppi, Tania “¿Bottom up globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las Cortes Constitucionales” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2011, Núm. 16, Julio-Diciembre, p. 216.

⁴⁶¹ Para la profesora Laurence Burgorgue-Larsen “la construcción, el desarrollo y el fortalecimiento del llamado “constitucionalismo europeo” o “derecho constitucional europeo” se desarrolla sobre todo mediante un diálogo judicial con una multitud de “actores” jurisdiccionales — las jurisdicciones nacionales (de los jueces “ordinarios” a los jueces constitucionales) y, por supuesto, no se puede ignorar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que da lugar a un entramado sumamente variado de relaciones. El constitucionalismo europeo es sobre todo “dialogado”, lo que permite, entre otras cosas, superar las barreras, los retrasos de la integración generada por revisiones caóticas de los tratados. Cualquiera que sea el enfoque tomado por la construcción política de la integración europea, el diálogo judicial sigue siendo activo, fortaleciendo, sentencia tras sentencia, la existencia de unas reglas comunes de *ejercicio del poder* y de *protección de los derechos fundamentales*.” En Burgorgue-Larsen Laurence, “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.) *op. cit.*, pp. 30-31.

operadores jurídicos, principalmente de los jueces, un cambio de actitud para aceptar e incorporar en sus razonamientos, esgrimidos en sus decisiones judiciales, ciertos valores de la esfera de lo jurídico y precedentes de otros sistemas jurídicos. Todo esto, como parte del desempeño de la función jurisdiccional, realizada ahora a la luz de un nuevo constitucionalismo (o neoconstitucionalismo), que ofrece mejores posibilidades para el logro de la realización de justicia constitucional.⁴⁶²

El nuevo constitucionalismo del mundo globalizado o «régimen constitucional-pluralista», se caracteriza por la ausencia de la tradicional norma última claramente identificable y con ello, además, por la no existencia de una jurisdicción última que resolviera la cuestión. En esta tesitura, para Rafael Bustos Gisbert, en una Constitución pluralista es requisito de congruencia que no puede haber autoridad última dotada de un poder exclusivo de imperio, delimitada por el ámbito territorial, sino más bien «una red de autoridades últimas».⁴⁶³

Se faltaría al principio de congruencia, en la aldea global, la exigencia de una norma última en el nuevo constitucionalismo. Lo exigible sería, de acuerdo a la lógica de la globalización que analiza Bustos Gisbert, «una red de normas últimas», y, como consecuencia de lo anterior, de acuerdo al autor citado, tampoco puede haber una jurisdicción última, “sino una red de jurisdicciones y las soluciones a los conflictos de tales redes aun compartiendo un mismo sentido serán diferentes siempre que no sea posible alcanzar una solución de síntesis válida para todos los órdenes constitucionales en disputa”⁴⁶⁴.

Cabe señalar como ejemplo de este fenómeno, la inserción de las llamadas *cláusulas de apertura* en los actuales textos constitucionales, como la contenida

⁴⁶² Vázquez Esquivel, Efrén y Cienfuegos Sordo Jaime Fernando, “El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: Perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la jurisdicción interna” en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, op. cit., p. 16.

⁴⁶³ Rafael Bustos Gisbert señala que “el panorama constitucional es radicalmente diferente del que ha sido objeto de la Teoría constitucional clásica. La norma constitucional nacional ha dejado de ser inmune frente a las normas extraestatales [...]” Bustos Gisbert, Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, op. cit. pp.13 y 49-50.

⁴⁶⁴ *Ibid.* p. 50

en el artículo 1º de la CPEUM, lo cual ha traído como resultado una transformación en la tradición de sistemas de fuentes del derecho fundadas en el positivismo jurídico, a lo que también nos hemos referido. En virtud de que la teoría jurídica de la modernidad ha perdido su fuerza explicativa, las fuentes del derecho piden ser pensadas de nuevo.

Peter Häberle, sostiene sobre este tema que:

La ideología que preconiza el “monopolio del Estado” en materia de fuentes jurídicas termina por serle al Estado constitucional un concepto tanto más ajeno, cuanto más próximo esté del propio concepto de “Estado constitucional cooperativo”, puesto que éste no adopta ya ninguna posición preponderante de monopolio, ni de jurisdicción, ni de exégesis jurídica, sino que va abriéndose de forma progresiva a procedimientos jurídicos internacionales y a la interpretación de la normativa jurídica efectuada a nivel internacional o supraestatal.⁴⁶⁵

Ahora bien, para los estudiosos del Derecho constitucional, inscritos en cualquiera de las vertientes del neoconstitucionalismo, todos estos cambios que afectan el plexo de valores en que se fundamenta la teoría jurídica de la modernidad, dando origen desde los primeros años de la década del 70 del siglo pasado a la pluralidad de la razón y con ésta al surgimiento de un pluralismo cultural, jurídico y político, significan un desarrollo de la ciencia jurídica. Pues, como es sabido, el campo teórico de una ciencia cualquiera sólo florece cuando éste da en qué pensar meditativa y cuantitativamente; cuando su utillaje teórico posibilita identificar problemas y problematizar, encarar fenoménicamente el mundo de la vida y las cosas que tienen que ver con el sentido de lo humano⁴⁶⁶.

De esta forma queda claro que bajo ninguna circunstancia las prácticas jurisprudenciales se han visto deterioradas por los fenómenos de la globalización y la hipermodernidad, vinculados, como antes dijimos, al fenómeno de la regulación jurídica internacional de la postguerra; al contrario, estos cambios generan nuevos problemas teóricos, estimulan el pesar meditativo, y, con ello,

⁴⁶⁵ Häberle, Peter, *Pluralismo y Constitución, Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta, op.cit.*, p.288.

⁴⁶⁶ Vázquez Esquivel, Efrén y Cienfuegos Sordo Jaime Fernando, “El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: Perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la jurisdicción interna” en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR, op. cit.*, p. 17.

se ha dado un paso más en la evolución del Estado constitucional de derecho, que exige una permutación en las practicas llevadas a cabo por los actores jurídicos, entre los cuales los jueces ocupan un lugar preponderante.⁴⁶⁷

En este contexto, el «diálogo jurisprudencial» es, hasta ahora, el mejor medio para diluir tensiones entre distintas jurisdicciones, para producir confianza a los distintos actores de la aldea global, y para dotar a las decisiones judiciales un índice superior de racionalidad jurídica.⁴⁶⁸

III.3.2 Universalidad de los derechos humanos y «diálogo jurisprudencial»

Hablar de la universalidad de los derechos, sostiene Gregorio Peces-Barba, implica hablar de tres cosas diferentes aunque relacionadas en su raíz, más precisamente implica hablar de dicho concepto desde tres perspectivas distintas, a saber: 1) Lógica o Racional, 2) Temporal y 3) Espacial:

“Si nos situamos en el plano lógico, por universalidad hacemos referencia a una titularidad de los derechos que se adscriben a todos los seres humanos. Sus rasgos son la racionalidad y la abstracción, congruentes con esa titularidad de todos los hombres. Si nos situamos en el plano temporal, la universalidad de los derechos supone que tienen un carácter racional y abstracto al margen del tiempo y válidos para cualquier momento de la historia. Si, por fin nos situamos en el plano espacial por universalidad entendemos la extensión de la cultura de los derechos humanos a todas las sociedades políticas sin excepción. Es evidente que la primera noción es el núcleo central de la que teóricamente arrancan las raíces de las demás, pero sin embargo, tanto por los intereses y problemas implicados como por las perspectivas de aproximación que suponen, cada una de ellas exige esta delimitación conceptual.”⁴⁶⁹

Para efectos de la presente investigación se resaltarán principalmente el plano lógico o racional y el plano espacial, ya que de suyo son aquellos que

⁴⁶⁷ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., p. 29.

⁴⁶⁸ Sostiene Rafael Bustos Gisbert que “Las tensiones entre lugares constitucionales no se resuelven tanto con la imposición de posturas sobre otras, cuanto mediante procedimientos de diálogo conducentes a soluciones mutuamente satisfactorias para todas las instancias interpretativas (y para los textos que tales instancias acatan e interpretan) implicadas.” El mismo autor hace referencia a la experiencia europea en donde existen sedes de interpretación diversas y cada una supremas respecto de sus propias tablas de derechos, que si bien no resulta idéntica sí es similar a la que actualmente se vive en el orden jurídico mexicano. Bustos Gisbert, Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, op. cit. pp.110-111.

⁴⁶⁹ Peces-Barba Martínez, Gregorio. “La universalidad de los derechos humanos”. Doxa. N. 15-16, Universidad de Alicante, 1994, pp. 614-615. En: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10645/1/doxa15-16_30.pdf, (Documento web), Fecha de consulta: 16 de enero de 2017.

trascienden a la necesidad de un «diálogo jurisprudencial» toda vez que, como lo sostiene el citado autor, desde el punto de vista de los tipos de reflexión que suscitan cada uno de los enfoques, la universalidad racional se plantea en la discusión sobre el fundamento y el concepto de los derechos humanos y la espacial en el proceso de internacionalización de los derechos⁴⁷⁰.

Precisado lo anterior, debemos partir de la concepción de los derechos humanos como derechos subjetivos, y más precisamente siguiendo la doctrina de Luigi Ferrajoli como aquellos “derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”;⁴⁷¹ a partir de dicha caracterización de los derechos humanos como derechos universales, es que éstos mismos pueden extenderse sin distinción a todos los seres humanos y a todos los rincones del planeta⁴⁷², es decir encuentra su justificación desde el plano racional y el plano espacial.

Ahora bien, tal como lo plantean Sandra Serrano y Luis Daniel Vázquez, en tanto derechos subjetivos, los derechos humanos constituyen expectativas formadas en todas las personas con relación a la acción u omisión de otras personas o entes de carácter público o privado “respecto a ciertos bienes primarios constitutivos de lo que se considera dignidad humana”⁴⁷³. Derivado de

⁴⁷⁰ *Ibid.* p. 617

⁴⁷¹ Para Ferrajoli, el “carácter formal de la definición no impide que sea suficiente para identificar en los derechos fundamentales la base de la igualdad jurídica. En efecto, gracias a esto la universalidad expresada por la cuantificación universal de los (tipos de sujetos) que de tales derechos son titulares viene a configurarse como un rasgo estructural de estos, que como veremos comporta el carácter inalienable e indisponible de los intereses sustanciales en que los mismos consisten. Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ta.ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 19. Para el propio autor, desde una perspectiva de filosofía política normativa, que enuncia el «deber ser externo» del derecho positivo “los derechos fundamentales deberían estar anclados en la condición de persona y/o de capaz de obrar, y no ya en la ciudadanía: una categoría que un constitucionalismo global debería dejar atrás junto con la de soberanía estatal” en Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, 2da. ed., trad. Andrea Greppi, Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 120.

⁴⁷² Carbonell, Miguel, “Los derechos en la era de la globalización”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (Comp.) *Estado constitucional y globalización*, op. cit., p. 327.

⁴⁷³ Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, progresividad. Apuntes para su aplicación práctica” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, op. cit., pp. 137 y 138.

lo anterior debe concluirse que no todos los derechos subjetivos son derechos humanos, “sino sólo aquellas pretensiones constitutivas de los bienes primarios socialmente reconocidos como elementos básicos de la dignidad humana”⁴⁷⁴.

La idea de universalidad hasta aquí planteada, en tanto derechos subjetivos que corresponden a todos los seres humanos, implica, para un sector de la doctrina, que debemos sustraer a los derechos humanos del ámbito del sistema jurídico positivo o de lo contrario tendríamos que aceptar que los derechos dependen del sistema jurídico en el que vivan sus titulares. A este respecto Francisco Laporta sostiene lo siguiente:

“...Hay una imposibilidad conceptual de afirmar simultáneamente que los derechos humanos son universales y que son producto del orden jurídico positivo, porque la condición de sujeto de un sistema jurídico excluye la noción de universalidad de que estamos hablando. A no ser, claro está, que estemos dispuestos a argumentar la existencia de un sistema jurídico positivo cuyas normas sean universales en ese sentido. Por lo que a mí respecta tal empresa parece imposible.

“Parece por ello menos controvertible que ubiquemos a los derechos humanos en el ámbito de la ética, como «derechos morales» y no como «derechos legales». Esto, naturalmente plantea a su vez un conjunto de problemas propios relativos a la dicotomía moralidad positiva/moralidad crítica, pero no voy a ocuparme de ellos aquí (Nino, 1984). Lo que me interesa ahora es presentar algunas consecuencias que para la noción de “derechos humanos” en sentido moral tiene el rasgo de “universalidad” que se predica de ellos”.⁴⁷⁵

A diferencia de lo expuesto por Francisco Laporta, para Gregorio Peces-Barba la moralidad debe plantearse desde la moralidad de los derechos, es decir, desde las pretensiones justificadas que se convierten en derechos cuando se positivizan, señala el autor lo siguiente:

“Para mantener la imprescindible idea de universalidad *a priori* hay que elevarse desde las pretensiones morales concretas que respaldan cada derecho, a la moralidad genérica que respalda al conjunto de los derechos. Quiero decir que una afirmación sobre la universalidad se puede hacer desde la moralidad de los derechos, que es la idea de dignidad humana y de los grandes valores de libertad, de igualdad, de seguridad y de solidaridad, que de una forma y otra han estado

⁴⁷⁴ *Ibid.* p. 138

⁴⁷⁵ Laporta San Miguel, Francisco Javier, “Sobre el concepto de derechos humanos”. Doxa. N. 04, Universidad de Alicante, 1987, pp. 32-33. En: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10897/1/Doxa4_01.pdf, (Documento web), Fecha de consulta: 17 de enero de 2017.

siempre presentes en la historia de la cultura, aunque es indudable que las grandes formulaciones han aparecido principalmente aunque no exclusivamente en la cultura europea y occidental. La universalidad se formula desde la vocación moral única de todos los hombres, que deben ser considerados como fines y no como medios y que deben tener unas condiciones de vida social que les permita libremente elegir sus planes de vida (su moralidad privada). La universalidad *a priori* es de esa ética pública de la modernidad que es la ética de la democracia (principios de organización del poder) y de los derechos humanos. Me parece que los objetivos que se pretenden, en relación especialmente con la universalidad espacial se consiguen con este planteamiento de la universalidad de la moralidad básicas que justifica los derechos humanos, y que permite mantener su permanencia, junto con la historicidad y variabilidad de algunas pretensiones morales que fundamentan derechos, al hilo de un tiempo histórico. Lo universal de la moralidad básica de los derechos, más que los derechos mismos, al menos en esta consideración «*a priori*». No se puede dudar que la construcción teórica de este gran edificio de la cultura que es la ética pública ilustrada, de la modernidad, tiene una vocación de universalidad que se fundamenta en los valores básicos que defiende y que arrancan de la idea de dignidad humana. Esta dignidad se expresa en que el hombre es un ser comunicativo, y social que vive en diálogo con los demás, a través del lenguaje racional, capaz de construir conceptos generales, y un ser moral y de fines que construye su propio ideal de vida, su propia moralidad privada, en convivencia con los demás. Son los valores morales que hacen posible una vida social conforme con esa dignidad humana, a través de una organización social democrática y que desarrolla esa moralidad pública en forma de principios de organización social y de derechos humanos, lo que es universal. Hablar de universalidad de los derechos humanos en ese sentido racional es sostener la universalidad de los de esa moralidad básica que fundamenta los derechos...⁴⁷⁶

No obstante lo anterior, para completar la validez y eficacia jurídica de los derechos humanos se hace necesaria su positivación⁴⁷⁷, es decir las características de justificación ética y especial relevancia de los derechos humanos, “conllevan la necesidad de que sean reconocidos y garantizados por el aparato jurídico; de lo contrario sólo tendrían la fuerza moral proveniente del orden normativo moral, pero no una eficaz garantía de los mismos”⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ Peces-Barba Martínez, Gregorio. “La universalidad de los derechos humanos”. *op. cit.* pp. 624-625.

⁴⁷⁷ Silva Meza, Juan N. y Silva García, Fernando, *Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pp. 53-54. Para los autores universalidad y positivación, que suponen diferencias de contenido y de destinatarios de los derechos en cada sistema jurídico nacional, no son precisamente términos fáciles de integrar. La soberanía estatal se ha considerado contradictoria con la idea de universalidad de los derechos. Parte de la crisis del estatuto teórico de los derechos fundamentales radica en el reduccionismo positivista de su fundamento.”

⁴⁷⁸ Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, progresividad. Apuntes para su aplicación práctica” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro

Esta base normativa de la universalidad de los derechos humanos encuentra su fundamento, en los diversos pactos, tratados y convenciones internacionales que existen sobre la materia, siendo para Miguel Carbonell el punto de partida de todas esas disposiciones, en sentido conceptual, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, misma que junto con la Carta de la ONU, supone el embrión de un verdadero “constitucionalismo global”⁴⁷⁹. En relación con lo anterior, Norberto Bobbio sostiene lo siguiente:

“Con la Declaración de 1948 comienza una tercera y última fase en la que la afirmación de los derechos es a la vez universal y positiva: universal en el sentido de que destinatarios de los principios allí contenidos no son ya solamente los ciudadanos de tal o cual Estado, sino todos los hombres; positiva en el sentido de que pone en marcha un proceso en cuya culminación los derechos humanos no sólo serían proclamados o idealmente reconocidos, sino efectivamente protegidos incluso contra el propio Estado que los viola. En la culminación de este proceso, los derechos del ciudadano se habrán transformado realmente, positivamente, en los derechos del hombre. O al menos serán los derechos del ciudadano de aquella ciudad que no conoce confines, porque comprende a toda la humanidad, o en otras palabras, serán los derechos del hombre en cuanto derechos del ciudadano del mundo.”⁴⁸⁰

Frente a la idea de la universalidad de los derechos, la crítica ha planteado que al ser los derechos humanos el resultado de una visión occidental, eurocéntrica incluso, de la vida⁴⁸¹, “al pretender que solamente los valores de algunas personas sean considerados universales, se generan procesos de

(coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma.*, op. cit., p. 139.

⁴⁷⁹ Carbonell, Miguel, “Los derechos en la era de la globalización”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (Comp.) *Estado constitucional y globalización*, op. cit, p. 328.

⁴⁸⁰ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. Rafael de Asís Roig, Madrid, Editorial Sistema, 1991, p.68. Para Lech Garlicki “the only way to organize the development of human rights is to place it within the international cooperation of states –the ultimate consecration of which are international treaties on human rights-. Those treaties are, by definition, of a multilateral nature and their aim is to involve all potential addresses, i.e. all states that belong to the system governed by a particular treaty. And the ultimate level of globalization of human rights is expressed by multilateral treaties adopted at worldwide levels.” Garlicki Lech, “Conferencia introductoria: Universalism v. Regionalism? The role of the supranational dialog.” en García Roca, Javier, et. al (ed.). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, op. cit., p. 28.

⁴⁸¹ Carbonell, Miguel, “Los derechos en la era de la globalización”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (Comp.) *Estado constitucional y globalización*, op. cit, p. 328.

hegemonía o de dominación y colonización simple y llana”⁴⁸², es decir que la universalidad de los derechos se combate desde el llamado relativismo cultural y el nacionalismo⁴⁸³, cuyos postulados parten de que ante la existencia de un pluralismo cultural que puede no estar de acuerdo en los bienes primarios que merecen ser considerados universales, no sólo es cuestionable el concepto de universalidad en sí mismo, sino también las distintas formas de construir la idea de vida buena, o planteado en otros términos “si el objetivo de los derechos humanos es la vida digna, el contenido y significado de ello pueden ser cosas muy distintas para personas que pertenecen a contextos diferentes.”⁴⁸⁴

Frente a la postura previamente expuesta, un sector de la doctrina señala la necesidad de transcender a las posturas antagónicas entre una universalidad absoluta de los derechos humanos y el relativismo cultural⁴⁸⁵, presentando en su

⁴⁸² Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, progresividad. Apuntes para su aplicación práctica” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma.*, op. cit., p. 142. Para los autores “incluso la influencia socialista, que se puede observar en los derechos económicos y sociales, no escapa de los cánones con que se piensa al *ser humano* y a la *humanidad* provenientes de la Ilustración y la modernidad propia de Occidente”.

⁴⁸³ Peces-Barba Martínez, Gregorio. “La universalidad de los derechos humanos”. op. cit. pp. 620-621. El autor cita a Levy Strauss quien “acusará a la humanidad de instalarse en al monocultura y afirma tajantemente que «...ninguna fracción de la humanidad dispone de fórmulas aplicables al conjunto y que una humanidad confundida en un género de vida único es concebible porque sería una humanidad cosificada...». En «Race et histoire» continuará su planteamiento «...No hay y no puede haber una civilización mundial en el sentido absoluto que se concede a ese término, pues la civilización implica la coexistencia de culturas que ofrecen el máximo de diversidades entre sí»”.

⁴⁸⁴ Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, progresividad. Apuntes para su aplicación práctica” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma.*, op. cit., p. 142. No debe pasarse por alto lo expuesto por Vergottini cuando sostiene que “resulta obvio cotejar que la hipótesis del diálogo no adopta una perspectiva universal sino que por la propia fuerza de las cosas queda circunscrita a los ordenamientos de inspiración liberal. En realidad es fácil observar que todas las veces que la literatura jurídica habla de diálogos cita ejemplos que provienen de tribunales pertenecientes a países que se inspiran en principios liberales y de organizaciones internacionales regionales de las que forman parte esos mismos.” En De Vergottini, Giuseppe, “El diálogo entre tribunales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, op. cit., p. 483.

⁴⁸⁵ Para Javier de Lucas en cualquier caso se trata de evitar dos extremos, “de un lado, el modelo pretendidamente universalista, pero que en realidad responde al imperialismo de una cultura dominante proyectada e impuesta como universal, aunque sea bajo la apariencia de una concepción abstracta y «por encima» de circunstancias de tiempo o lugar. De otro lado, el modelo pretendidamente multicultural basado en la primacía de la comunidad cerrada (ligado en muchos supuestos a ideologías nacionalistas) que erige su propia tradición como única válida y

lugar la necesidad de desarrollar diálogos interculturales que permitan “nutrir las propias posiciones, pero sin por ello renunciar a unos estándares mínimos que rijan la convivencia de todas las personas”⁴⁸⁶. Sustentando esta tesis, Boaventura de Sousa expone lo siguiente:

“Contra el universalismo, debemos proponer diálogos interculturales sobre preocupaciones isomórficas. Contra el relativismo debemos desarrollar criterios procedimentales interculturales para distinguir las políticas progresistas de las reaccionarias, el apoderamiento del desapoderamiento, la emancipación de la regulación. No se debe defender el universalismo ni el relativismo, sino más bien el cosmopolitismo, es decir, la globalización de las preocupaciones morales y políticas y las luchas contra la opresión y sufrimiento humano.”⁴⁸⁷

En relación con el debate entre universalidad y relativismo cultural debe destacarse la observación hecha por Miguel Carbonell en el sentido de que no siempre ni necesariamente el relativismo cultural y la falta de compromisos claros con la “visión occidental” de los derechos sirve para proteger a las comunidades tradicionales y/o a los pueblos indígenas, en la actualidad son las empresas transnacionales las que más se benefician de las carencias reales en la universalidad de los derechos al buscar, para la producción de bienes, países pobres en los que la normatividad en materia laboral y ecológica es poco avanzada. Concluye el autor lo siguiente:

“En este contexto, los derechos deben servir con (sic.) un parámetro mundial de desempeño de gobiernos y particulares, sin que sea posible que bajo la excusa del relativismo ético se lleguen a justificar tremendas violaciones a la dignidad humana, pero sin que los derechos puedan tampoco servir de coartada para las llamadas “guerras humanitarias...”

“La tradición occidental de los derechos debe seguir manteniendo una apertura a nuevas posturas o conceptos que provengan de distintas coordenadas

así cortocircuita el diálogo, pues no hay sociedad multicultural –para ser exactos, intercultural-, sino muchas sociedades aisladas, cada una con su propia cultura”. De Lucas, Javier, “Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos. (A propósito de la crítica del relativismo ético y cultural)”, en: *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, núm 3, 1994, pp. 276-277. En: <https://core.ac.uk/download/pdf/29398581.pdf>, (Documento web), Fecha de consulta: 19 de enero de 2017.

⁴⁸⁶ Carbonell, Miguel, “Los derechos en la era de la globalización”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (Comp.) *Estado constitucional y globalización*, op. cit, p. 329.

⁴⁸⁷ De Sousa Santos, Boaventura, “Universalismo, Contextualización Cultural y Cosmopolitismo”, en, Silveira Gorski, Héctor C. (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 273. Del mismo autor De Sousa Santos, Boaventura, *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la posmodernidad*, Bogotá, Uniandes-Siglo del Hombre Editores, 1998.

ideológicas, religiosas y políticas...”⁴⁸⁸

Por su parte, Vázquez y Serrano proponen entender la universalidad de los derechos humanos no como una práctica totalizadora que ignore las diferencias y excluya las distintas ideas sobre la vida digna, sino que debe entenderse como un proceso de “contaminación, nutrición y renovación de los derechos humanos producto de su propia expansión a diferentes culturas, ideas y manifestaciones de la opresión.”⁴⁸⁹

Es precisamente en este contexto en el que se desenvuelve el «diálogo jurisprudencial» que a través de la interacción de entre tribunales de distintas jurisdicciones tiene como resultado un enriquecimiento mutuo en la construcción de soluciones equivalentes acordes a los principios universales del derecho democrático⁴⁹⁰, lo que convierte a la universalidad no solo en basamento del diálogo como lo propone Javier García Roca, sino también en un fin.⁴⁹¹

Tal como lo sostienen Girardi, Robl y De Limas;

“Dialogues and perspectives on protections systems should take into account the premise of universality- and not the uniformity- of human rights. It is about the American and European contexts that the present study intends to focus. Although not ignoring existence of values that not all communities recognize as valid, there is, in this post-1948 sense, the identification, according to our common origin, of a shared axiological code. This is the basis of the universalist discourse rooted on the respect of human dignity through basic universal values. Dialogues in this tone rhyme with the understanding of the other and recognition of difference. The different systems interact, putting difference to light and

⁴⁸⁸ Carbonell, Miguel, “Los derechos en la era de la globalización”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (Comp.) *Estado constitucional y globalización*, op. cit., p. 329.

⁴⁸⁹ Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, progresividad. Apuntes para su aplicación práctica” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma.*, op. cit., p. 143.

⁴⁹⁰ Ayala Corao, Carlos, *Del Diálogo Jurisprudencial al control de convencionalidad*, op. cit. p.52. Sostiene el autor que el diálogo jurisprudencial no sería posible “sin un mundo conectado en línea, que facilita la divulgación del conocimiento de la labor de los tribunales y por tanto los intercambios activos. Pero en realidad, este intercambio se fundamenta en una sólida base de un *ius commune universalis* o derecho común universal que bien nos recuerda al derecho de gentes y al propio derecho natural.”

⁴⁹¹ García Roca, Javier, et. al., “La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo.”, en García Roca, Javier, et. al (ed.). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, op. cit., p. 71.

bringing the need for communicative action on behalf of the *pro persona* clause.”⁴⁹²

Derivado de lo anterior, queda claro que existe una estrecha relación entre la idea de «universalidad de los derechos humanos» y «diálogo jurisprudencial» ya que, por un lado, la interacción de los tribunales de distintas jurisdicciones parte de la premisa de que los derechos humanos son aplicables a todas las personas independientemente del espacio; mientras que, por otro lado, dicha universalidad, en tanto proceso de mayor reconocimiento de un mismo estándar de protección de los derechos humanos⁴⁹³, también se desarrolla a través de la aplicación jurisprudencial de los derechos humanos utilizando la interpretación realizada por otras instancias protectoras de dichos derechos.

III.3.3 Pluralismo constitucional y «diálogo jurisprudencial».

Por pluralismo constitucional podemos entender, siguiendo a Bustos Gisbert, “aquella situación en la que existen, al menos, dos constituciones, cada una reconocida como válida, pero sin que ninguna reconozca a la otra como fuente de su validez”⁴⁹⁴, siendo éste el contexto en el que puede desarrollarse el

⁴⁹² Girardi Fachin, *et. al.* “The inter-american and european context of human rights protection; a brief comparative analysis of regional court’s decisions” en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, Curitiba, vol. 61, No. 3, set./dez. 2016, p. 70.

⁴⁹³ Garlicki Lech, “Conferencia introductoria: Universalism v. Regionalism? The role of the supranational dialog.”, en *Ibid.*, pp. 27-28.

⁴⁹⁴ La definición de Bustos Gisbert sigue la de Niel MacCormick quien establece que “Where there is a plurality of institutional normative orders, each with a functioning constitution (at least in the sense of a body of higher-order norms establishing and conditioning relevant governmental powers), it is possible that each acknowledge the legitimacy of every other within its own sphere, while none asserts or acknowledge constitutional superiority over another” MacCormick, Neil, *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European commonwealth*, Oxford, 1999, p. 104; Bustos Gisbert, Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, *op. cit.* p.14. Para Walker existen tres dimensiones de la aspiración constitucionalista: 1) Explicativa, 2) Normativa y 3) Epistémica. A este respecto el autor sostiene lo siguiente: First, and perhaps less controversially, there is an explanatory claim. On this view, we can only begin to account adequately for what is going on within the European constitutional configuration discourse and authority. As noted earlier in our critique of state-centredness, to try to explain the new emerging post-Westphalian order in one-dimensional terms, by reference to national delegation, intergovernmentalism and the traditional law of international organizations, is to try to force square pegs into round holes, and to understate the extent and distort the character of the transformation which is underway. Secondly, there is a normative claim associated with pluralism, one which acknowledges the account given by explanatory pluralism and welcomes its implications, contending that the only acceptable ethic of political responsibility for the new Europe is one that is premised upon mutual recognition and respect between national and supranational authorities. This is not to say, however, that normative pluralism necessarily follows

«diálogo jurisprudencial»⁴⁹⁵. Esta concepción pluralista del ordenamiento jurídico internacional “concibe como solución integradora el reconocimiento de un espacio para la discusión, la tolerancia y los reajustes recíprocos entre los diversos ordenamientos”.⁴⁹⁶

Este pluralismo constitucional se coloca frente a la posición tradicional que se funda en una concepción dualista de las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho internacional, de raíz positivista y que se inspira en el principio

form explanatory pluralism as it is also possible to acknowledge explanatory pluralism and respond by advocating that we either somehow “rewind” to the earlier Wheshphalian order of fully sovereign states, or else “fast forward” to a full-blown European state which absorbs and replaces the existing members states, in so doing retraining but simply repositioning the one-dimensional sovereigntist order. A third pluralism claim which is defended here is described as epistemic pluralism. Both explanatory and normative pluralism necessarily follow from epistemic pluralism and on that basis acquire a distinctive texture, but epistemic pluralism does not itself necessarily follow from either of the other two claims. On this view the very representation of distinct constitutional sites –EU and member states – as distinct constitutional sites implies an incommensurability of the knowledge and authority (or sovereignty) claims emanating from these sites. That is to say, it is only possible to identify the different sites as different units if we already acknowledge that the underlying symbolic work involved in representing each of these sites as units –and so also as unities- requires a different way of knowing and ordering, a different epistemic starting point and perspective with regard to each unit(y); and that so long as these different unit(ies) continue to be plausibly represented as such, there is no neutral perspective from which their distinct representational claims can be reconciled”. Walker Neil, “The Idea of Constitutional Pluralism”, *op. cit.*, pp. 27-28. Un análisis del pluralismo en el ordenamiento internacional en Ferrajoli Luigi *Principia iuris, Teoría del derecho y la democracia*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Editorial Trotta, 2011. Vol.II. pp. 470-475, del mismo autor, *Teoría del derecho y la democracia*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Editorial Trotta, 2011. Vol.I, pp. 426-427 donde sostiene que no existe una contraposición entre monismo y pluralismo cuando las normas se encuentran unificadas por una misma norma de reconocimiento, sin embargo, sostiene que el verdadero problema es el pluralismo de ordenamientos no integrados unos en otros por relaciones de grado claramente determinadas sino sólo conectados por compartir órganos, fuentes o normas sobre la producción, y por lo tanto por grados más o menos elevados de federalismo”.

⁴⁹⁵ Bustos Gisbert, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, *op. cit.*, p. 176.

⁴⁹⁶ Esta tesis, sostiene Juan Antonio Xiol Ríos “no renuncia propiamente al enfoque constitucionalista del ordenamiento internacional, sino que admite la existencia de sistemas separados que se relacionan principalmente a través de procesos de negociación fundados en la acomodación, la deferencia y el aprendizaje mutuos, y, recalca finalmente, en el reconocimiento del llamado pluralismo constitucional, que interpreta el ordenamiento global como una pluralidad de sistemas constitucionales nacionales, transnacionales y en red.” Xiol Ríos, Juan Antonio, “El diálogo entre Tribunales”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 90, Quinta Época, año 2011, p. 14, en file:///Users/jameicienfuegos/Downloads/PJ11090.pdf, (Documento web), Fecha de consulta: 19 de enero de 2017.

jerárquico de relación de los ordenamientos jurídicos⁴⁹⁷; respecto a esta posición tradicional, se ha sostenido que “la reflexión sobre la relación entre los distintos regímenes jurídicos tiene la dificultad de que sigue siendo concebido bajo la óptica de dos teorías concebidas en los inicios del siglo XX: el monismo y el dualismo.”⁴⁹⁸

En este sentido, el pluralismo parte del presupuesto de que no existe relación jerárquica entre las normas fundacionales de los sistemas jurídicos que interactúan en un mismo ámbito espacial,⁴⁹⁹ es decir, la adopción de la idea de pluralismo constitucional supone el cuestionamiento de la idea de supremacía como único criterio para la comprensión de las relaciones entre normas nacionales e internacionales.⁵⁰⁰

Ahora bien, tomando como base la distinción elaborada por Niel Walker

⁴⁹⁷ Sostiene Juan Antonio Xiol Ríos que “la posición que podemos considerar tradicional se funda en una concepción constitucionalista del Derecho internacional, con raíces en el pensamiento kantiano, que tiene como denominador común la búsqueda de criterios de unidad fundados, (i) bien en la vertiente sustantiva, que conduce a la necesidad de respetar los principios constitucionales de la comunidad internacional, (ii) bien en la vertiente procedimental, que conduce a la necesidad de que los procesos de toma de decisiones transnacionales se estructuren de forma que quede asegurado el imperio del Derecho, concebido como Derecho de los procesos normativos (law of lawmaking).” *Id.*

⁴⁹⁸ Para Armin von Bogdandy el monismo y el dualismo “representan, quizás, uno de los logros más destacados de una época en la que la doctrina jurídica dedicó grandes esfuerzos a la consecución de una ciencia autónoma, y revelan la grandeza y los defectos de ese paradigma clásico, usual pero erradamente denominado “positivismo jurídico”; un término más adecuado sería el de “constructivismo jurídico”. Sin embargo, continua el autor “como teorías, el monismo y el dualismo son hoy en día insatisfactorias: sus argumentos son bastante herméticos, sus tesis centrales están poco desarrolladas, los puntos de vista opuestos son simplemente desechados por “ilógicos”, y sus planteamientos no se vinculan al debate teórico contemporáneo. Asimismo, como doctrinas, son igualmente insatisfactorias, ahí que no contribuyen a la solución de los problemas jurídicos concretos: las varias elaboraciones actuales no se diferencian en casi nada en cuanto a la respuesta jurídica que aportan respecto a cómo resolver un conflicto concreto”. En: Von Bogdandy, Armin, “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual en derechos humanos: Elementos para una agenda de investigación” en Von Bogdandy, Armin, et al., *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, op. cit. pp.16-17.

⁴⁹⁹ Torres Pérez, Aida, “En defensa del pluralismo constitucional” en *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, op. cit., p. 468.

⁵⁰⁰ Bustos Gisbert, Rafael; *Diálogos Jurisdiccionales en Escenarios de Pluralismo Constitucional: La Protección Supranacional de los Derechos en Europa*, p. 754; en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar, Arturo; *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho; Tomo IX, Derechos Humanos y Tribunales Internacionales; IIJ-UNAM, IMDPC, Marcial Pons, México 2008, pp. 755-756.

para describir las distintas dimensiones de interconexión e interacción entre órdenes jurídicos⁵⁰¹, para Bustos Gisbert el pluralismo constitucional puede adoptar las siguientes formas⁵⁰²:

1. Pluralismo constitucional por incorporación institucional: En aquellos casos en que un sistema constitucional es incorporado al propio. Esta sería la situación a la que responden la Unión Europea, la Comunidad Andina o Mercosur.⁵⁰³
2. Pluralismo constitucional por reconocimiento sistémico: En estos casos no se trata de la aceptación de un ordenamiento por otro sino que se adoptan como propios elementos de otro sistema jurídico para definirse a sí mismo. Siendo este el caso de los derechos humanos de ámbito transnacional, o del Derecho comercial y el Derecho criminal

⁵⁰¹ Sosteniendo el agotamiento de las teorías monista y dualista, al reconocer que la interacción entre ordenes jurídicos se observa mucho más densa, aduce que “in this new phase, the negotiation of the contested margins of the legal orders and of the various new legal forms themselves has ceased to be a marginal concern. It is hard to grasp the richness of this development with any simple taxonomy, although we may indicate, schematically, the following mutually supportive dimensions of the new post-Keynesian-Westphalian relations of interconnection and interaction. They are, in sequence, relations of *institutional incorporation*, *system recognition*, *normative coordination*, *environmental overlap*, and *sympathetic consideration*. These may viewed in descending order of connective intimacy and of influence on the “host” by the “foreign” system. One consequence is that each of the more intimate forms of connection necessarily embraces the less intimate, but not vice versa. So, for instance, institutional incorporation necessarily implies system recognition, normative link-age, environmental overlap, and sympathetic consideration, while each of the lesser forms of intimacy need not presuppose the higher forms.” Walker Neil, “Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders”, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, Nums. 3-4, Julio-Octubre de 2008, pp. 378-379 en https://oup.silverchair-cdn.com/oup/backfile/Content_public/Journal/icon/6/3-4/10.1093/icon/mon016/2/mon016.pdf?Expires=1490574892&Signature=HCGtqYg6WINu6duOfvc3QjOqTG4OIUw4qgm46oXkXZ55bHHDxxE3U0vRZ2EbqvWnXgaJZh6ap1PwAxYy6NygVi0xxnBI7BjdBh1IBrdF1AAuqvWSMm1HhFFU0OmAfBzltqoNBR-8dDph7-InHM5eb38m-ex2Gvo7DdVg1Ak1w~h2iAW0b6OjUqQNnx4mAySpSfLSAUZUmhETgRPsI2usJc0hgQb~U-CYhZLjCcKdbkSTwx1mmhe84tpdQonbnXN3Nr3u3fBOT1IBCGvYG08r3yTEYc~vVNPzkFnoR4Pe9qvyBBwV1zgubh0zYq~DI1znZVF581hQ0qn9O3EpiqEGw__&Key-Pair-Id=APKAIUCZBIA4LVPAVW3Q, (Documento web), Fecha de consulta: 19 de enero de 2017.

⁵⁰² Bustos Gisbert, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, op. cit., p. 177.

⁵⁰³ García Roca, Javier, et. al., “La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo.”, en García Roca, Javier, et. al (ed.). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, op. cit., p. 92.

transnacional.⁵⁰⁴

3. Pluralismo constitucional por coordinación normativa: Constituye una categoría vaga en la medida en que resulta extraordinariamente moderna e institucionalmente muy débil e incluye el efecto casi natural de confluencia entre ordenamientos jurídicos como consecuencia de la creación de sedes de encuentro y debate generadoras de directrices ampliamente compartidas por los diversos ordenamientos jurídicos. Siendo éste el caso de algunas agencias o cuerpos vinculados a Naciones Unidas como la Organización Mundial de la Salud.⁵⁰⁵
4. Pluralismo constitucional por consideración empática: Referido a aquellos casos en los que sin existencia de ninguno de los vínculos característicos de las situaciones de pluralismo constitucional anteriores existe, sin embargo, una migración de ideas constitucionales entre ordenamientos jurídicos separados. No se trata de lo que tradicionalmente se considera Derecho comparado porque esta migración se asienta en la convicción de que existe una «base común de comprensión o afinidad» en la situación de que se trate de modo que puedan tomarse planteamientos o soluciones ajenas como ideas con una gran autoridad persuasiva.⁵⁰⁶

Considerando lo hasta aquí expuesto es dable concluir que a partir de la RCDH nos encontramos en el contexto de un “pluralismo por incorporación institucional”, dado que, como fue analizado en el capítulo II de la presente investigación, es a partir de la reforma al artículo 1º constitucional que a los tratados internacionales en materia de derechos humanos firmados por México, se les reconoce rango constitucional, lo que tiene como consecuencia lógica el reconocimiento de que en el orden jurídico mexicano existe una pluralidad de ordenes normativos institucionales, cada uno con una constitución, entendida

⁵⁰⁴ *Ibid.* p.93

⁵⁰⁵ *Id.*

⁵⁰⁶ *Id.* Este término describe igualmente identificación psicológica y afectiva de un sujeto con el estado de ánimo del otro.

como cuerpo de normas de rango superior que establecen y condicionan el ejercicio del poder político, los cuales reconocen mutuamente, legitimidad el uno al otro, pero sin que se afirme la supremacía de uno sobre el otro.⁵⁰⁷

Ahora bien, el común denominador de estas formas de pluralismo constitucional es que “ya no puede existir, por definición, una instancia última de solución de controversias jurídicas”⁵⁰⁸, sino que “existirán tantas instancias como ordenamientos constitucionales estén siendo aplicados simultáneamente. No hay ya, por tanto, una clara unidad de interpretación, sino tantas unidades de interpretación como ordenamientos constitucionales componentes que de ese pluralismo reconozcamos.”⁵⁰⁹

A este respecto Poriares Maduro ha sostenido lo siguiente:

“Usually such constitutional pluralism identifies the phenomenon of a plurality of constitutional sources which creates a context of potential constitutional conflicts between different constitutional orders to be solved in a non-hierarchical manner.”⁵¹⁰

En estos casos, sostiene Bustos Gisbert, “el diálogo se producirá cuando exista una distorsión entre los distintos órganos encargados de interpretar, con carácter supremo, sus propias normas constitucionales. Distorsión consistente en alcanzar soluciones incompatibles entre sí a idénticos problemas.”⁵¹¹

“Esto es, el diálogo no viene impuesto por la diversidad de soluciones, pues la idea de diversidad es consustancial a la idea de pluralismo constitucional. Sin diversidad lo que se ahogaría es precisamente ese pluralismo que se asienta, precisamente, en un proceso dinámico de convergencias y divergencias (Rosenfeld). Lo esencial es que esa diversidad no conduzca a situaciones de

⁵⁰⁷ Bustos Gisbert, Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, op. cit. p.14

⁵⁰⁸ Bustos Gisbert, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, op. cit., p. 177.

⁵⁰⁹ *Id.*

⁵¹⁰ Poriares Maduro, Miguel, “Interpreting European Law: Judicial adjudication in a context of constitutional pluralism” en *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1 No. 2, 2007, p. 137 en: <http://www.ejls.eu/2/25UK.pdf>, (Documento web), Fecha de consulta 20 de febrero de 2017.

⁵¹¹ Bustos Gisbert, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, op. cit., p. 177.

incompatibilidad absoluta. No se trata, pues, como en el orden interno nacional tradicionalmente entendido, de asegurar una interpretación totalmente coincidente, sino que lo buscado es un conjunto de interpretaciones mutuamente compatibles. Cuál sea el grado de diversidad tolerado (o lo que es lo mismo, cuál sea el grado de interpretación divergente que se considere compatible) dependerá de la intensidad y la naturaleza del pluralismo constitucional en que nos encontremos. Mucho más reducido en las formas «fuertes» de pluralismo constituidas por los sistemas de incorporación institucional (v. gr., Unión Europea) y por reconocimiento sistémico (v. gr., Consejo de Europa o el sistema universal de protección de derechos fundamentales) que las formas «débiles» de pluralismo constitucional. Pero aun en las formas «fuertes» la intensidad y grado de la diversidad tolerable será distinta.”⁵¹²

Lo hasta aquí expuesto nos lleva a concluir que el derecho común latinoamericano en materia de derechos humanos al que México se integra más activamente a partir de la RCDH no puede ser concebido como un ordenamiento único, sino como “una forma de relación entre normas de varios sistemas que comparten una misma finalidad”, que se encuentra compuesto por normas internacionales como la CADH y, a la vez, por las normas nacionales con la misma vocación, como son las cláusulas de apertura o las cláusulas interpretativas, conforme a las cuales los derechos humanos deben interpretarse en armonía con los instrumentos internacionales ratificados por el país”.⁵¹³

En consecuencia compartimos lo sostenido por Paola Acosta Alvarado cuando sostiene que un modelo viable para articular las relaciones entre los ordenamientos nacionales y el sistema interamericano de protección de derechos humanos es el “pluralismo constitucional”:

“...hoy en día existe un diálogo interjudicial en la región que permite la articulación de una red judicial interamericana – en cuyo seno la CorteIDH funge como tribunal constitucional-, en virtud de la cual se ha conformado un *ius commune* interamericano. Esta red, además de ayudar a perfeccionar la tutela ofrecida a los individuos, facilita el ejercicio de funciones constitucionales más allá de los ordenamientos estatales y, por lo tanto, nos permite hablar, ya no solo de un modo de gobernanza multinivel, sino de un escenario de constitucionalismo

⁵¹² *Ibid.*

⁵¹³ Bogdandy, Armin, “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual en derechos humanos: Elementos para una agenda de investigación” en Von Bogdandy, Armin, et al., *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, op. cit. p.19.

multinivel que se articula gracias a un modelo de pluralismos constitucional.”⁵¹⁴

Lo anterior implica el reconocimiento de que “la adopción de la idea de pluralismo constitucional supone la puesta en cuestión de cualquier forma de supremacía en la comprensión de las relaciones entre normas constitucionales nacionales”⁵¹⁵ y supranacionales. De esta forma, y aplicado a nuestra investigación lo hasta aquí expuesto, es factible sostener que a través del reconocimiento de que las relaciones entre las normas constitucionales nacionales y la CADH no se guían por un criterio de jerarquía, sino por: la “colaboración y complementariedad, la interconexión, la coordinación, la convergencia, el entrelazamiento de normas o por la interdependencia entre ellas, la interacción, la cooperación y el mutuo aprendizaje”⁵¹⁶; es que debe concluirse que en la experiencia constitucional mexicana, nos encontramos ante un contexto de pluralismo constitucional.

III.4 El principio de seguridad jurídica y el «diálogo jurisprudencial»

Una de las críticas a la noción del *pluralismo constitucional* es la aceptación de la presencia de jurisprudencias constitucionales contradictorias, característico de un ordenamiento constitucional pluralista y del «diálogo jurisprudencial» necesario para resolver las tensiones que surjan entre los diversos órganos jurisdiccionales ya que este tipo de posiciones, a juicio de dicho sector doctrinario, supone el abandono de todo intento de resolver la cuestión, olvidando que la función del Derecho constitucional es garantizar la

⁵¹⁴ Acosta Alvarado, Paola Andrea, “El pluralismo constitucional como respuesta los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica. Comentarios a la propuesta de René Urueña”, *Revista Derecho del Estado*, No. 13, 2013, p. 350.

⁵¹⁵ Bustos Gisbert, Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, op. cit. p.18

⁵¹⁶ *Ibid.* pp.18-19 Esta perspectiva se inscribe en la teoría pluralista del diálogo, misma que parte de la observación de que los diversos regímenes jurídicos e instituciones normalmente desarrollan relaciones jurídicas estables, a pesar de su independencia normativa y de los posibles conflictos. Esta posición sostiene que los conflictos graves sean más bien la excepción, ya que la regla se manifiesta en un trabajo conjunto y fructífero.” Von Bogdandy, Armin, “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual en derechos humanos: Elementos para una agenda de investigación” en Von Bogdandy, Armin, et al., *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, op. cit.. p.22.

seguridad jurídica y la limitación jurídica del poder.⁵¹⁷

A este respecto, Bustos Gisbert ha señalado lo siguiente:

“Y es precisamente el principio de seguridad jurídica el que está más amenazado en este tipo de nuevas formas de solución de conflictos según sus críticos. Así se sostiene, quizás exageradamente, que las apelaciones al diálogo judicial esconden una ausencia absoluta de determinación de las soluciones esperables y una renuncia a la función de otorgar certeza que es irrenunciable a todo concepto de Derecho. Para sus críticos, pues, apelar al diálogo judicial para resolver conflictos jurídicos no es más que renunciar a determinar cuál es la solución, dejando abierta casi cualquier posibilidad.”⁵¹⁸

En el Estado de derecho, el principio de *seguridad jurídica* se ha considerado como un límite o control (jurídico) de la actividad estatal⁵¹⁹, razón por la cual algunos autores han resaltado la clara relación que existe entre los derechos fundamentales de seguridad jurídica y el concepto de Estado de derecho en sentido formal, entendido éste último como “el conjunto de “reglas del juego” —de carácter fundamentalmente procedimental— que los órganos públicos deben respetar en su organización y funcionamiento internos y, lo que quizá sea todavía más importante para la materia de los derechos fundamentales, en su relación con los ciudadanos”⁵²⁰.

La relevancia de los derechos de seguridad jurídica ha quedado reflejada en su participación en la conservación o realización de los demás derechos fundamentales, de ahí su importancia desde las primeras declaraciones

⁵¹⁷ Mayer, Franz. “The European Constitution and the Courts. Adjudicating European Constitutional Law in Multilevel Systems”, Jean Monnet Working Paper 9/03: European Integration: The new german Scholarship. (Documento web), en: <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/03/030901-03.pdf>, fecha de consulta: 20 de enero de 2017.

⁵¹⁸ Bustos Gisbert, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, op. cit., p. 172.

⁵¹⁹ Al respecto véase a Michael Núñez Torres, quien nos recuerda que la “doctrina clásica del Derecho Natural también reconoce, como fin de las instituciones jurídico-políticas, la seguridad, en cuanto garantice la paz e impida uno de los principales peligros a los que puede enfrentarse una Sociedad: la anomia” en: Núñez Torres, Michael, *La capacidad legislativa del gobierno desde el concepto de institución. El paradigma Venezuela y España*, México, Porrúa, 2006, pp.96-97.

⁵²⁰ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit, p. 585.

históricas de derechos en el mundo,⁵²¹ resultando ejemplificativo de lo antes dicho el artículo 8º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, conforme al cual “la seguridad consiste en la protección otorgada por la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de sus persona, de sus derechos y de sus propiedades.”

Para Pérez Luño, el principio de seguridad jurídica se concreta a través de dos dimensiones, una de carácter objetivo y una de carácter subjetivo, las cuáles explica en los siguientes términos:

“La seguridad jurídica es un valor estrechamente ligado a los Estados de Derecho que se concreta en *exigencias objetivas* de: *corrección estructural* (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y *corrección funcional* (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos de su aplicación). Junto a esa dimensión objetiva, la seguridad jurídica presenta, en su acepción «subjetiva», encarnada por la *certeza del Derecho*, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva.”⁵²².

En cuanto a la vertiente subjetiva antes mencionada, se debe considerar lo expuesto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en México al establecer que el principio de seguridad jurídica “lo que tutela es que el gobernado jamás se encuentre en una situación de incertidumbre jurídica y, por tanto, en estado de indefensión. En ese sentido, el contenido esencial de dicho principio radica en “saber a qué atenerse” respecto de la regulación normativa prevista en la ley y a la actuación de la autoridad.”⁵²³.

En la misma línea de pensamiento, el TCE ha elaborado una doctrina en relación al principio de seguridad jurídica reconocido por el artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978, conforme a dicha doctrina el principio en

⁵²¹ A respecto Jorge Carpizo explica que la finalidad de los derechos de seguridad jurídica es la de “proteger la realización de la libertad y de la igualdad; son el instrumento protector por medio del cual se reglamentó la observancia de la igualdad y la libertad. En las primeras declaraciones históricas, pero sobre todo en los antecedentes que señalé a esas declaraciones, los derechos de seguridad jurídica son los más importantes, porque presuponían la existencia de los derechos de libertad e igualdad, y los querían asegurar.” En Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917. Longevidad casi centenaria*, op. cit., p. 336.

⁵²² Pérez Luño, Antonio E., “Seguridad jurídica”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, 2da ed., Madrid, Trotta, 2000, p. 483.

⁵²³ Tesis 1a./J. 139/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XVI, tomo 1, enero de 2013, p. 437.

comento debe entenderse como “la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando “la claridad y no la confusión normativa” (STC 101/2013 de 23 de abril), el mismo órgano jurisdiccional ha considerado que dicha certeza debe ser entendida “como previsibilidad sobre los efectos de su aplicación” (STC 150/1990 de 4 de octubre).

De las anteriores consideraciones, podríamos concluir que el principio de seguridad jurídica en su vertiente subjetiva puede ser entendido como la percepción de certeza que deben tener los gobernados en su relación con el Estado, es decir, la existencia de “expectativas de comportamiento estatalmente sancionadas”⁵²⁴ que implican para los gobernados la posibilidad de “organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad”⁵²⁵, evitando a su vez que las instituciones que monopolizan el poder lo usen en forma arbitraria⁵²⁶.

Ahora bien, en el ámbito jurisdiccional, el principio de seguridad jurídica “exige decisiones que resulten consistentes en el marco del orden jurídico vigente”⁵²⁷; lo anterior con la finalidad de evitar una libertad absoluta del juez, que pudiera mantener a los gobernados en un estado de incertidumbre jurídica en su relación con dichos órganos jurisdiccionales y al mismo tiempo evitar la arbitrariedad que pudiera derivar de la falta de límites a la actividad judicial.

Con el triunfo de la Revolución Francesa, la función de limitar la arbitrariedad de los jueces recayó en la ley⁵²⁸, situación que encuentra

⁵²⁴ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, 6ta ed., trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2010, p. 267.

⁵²⁵ Pérez Luño, Antonio E., “Seguridad jurídica”, *op. cit.*, p. 484.

⁵²⁶ Núñez Torres, Michael, *La capacidad legislativa del gobierno desde el concepto de institución. El paradigma Venezuela y España*, *op. cit.* p. 97.

⁵²⁷ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez...*, *op. cit.* p. 267.

⁵²⁸ Para Carlos de Cabo Martín al considerarse como leyes “los Decretos del cuerpo legislativo en cuanto expresión de la voluntad general” la Constitución francesa de 1791 apunta “los *dos supuestos políticos* de ese nuevo Derecho revolucionario: en primer lugar, que la ley es la expresión de la voluntad general y, en segundo lugar, que esta voluntad general se forma y expresa únicamente a través del cuerpo legislativo. De esta manera, al entenderse que la

justificación en el papel que dichos funcionarios ejercieron al servicio del Antiguo Régimen⁵²⁹, basta recordar las célebres palabras de Montesquieu en su obra *Del Espíritu de las Leyes*, conforme a las cuales los jueces no son otra cosa que “la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”⁵³⁰. Esta concepción de la labor judicial tenía por finalidad privar de un componente volitivo las decisiones judiciales, reduciendo la labor judicial a un mero acto cognoscitivo, consistente “en encontrar el mandato que la ley contiene y aplicarlo mediante un acto que no deja lugar a la creación, sino que está predeterminado legalmente en todos sus extremos.”⁵³¹.

Posteriormente, con la crisis del positivismo jurídico⁵³², los postulados de

abstracta soberanía (nacional) se concreta a través del Parlamento, se introduce un elemento «absolutista», al desaparecer los demás centros de poder y productivos de Derecho ante el pleno poder que ahora se unifica en el legislador, pero que se configura como garantía de libertad al suprimirse la posibilidad de la arbitrariedad, pues ni siquiera el juez puede resolver de otra manera que no sea sometiéndose a la ley por aquél establecida.”, en: De Cabo Martín, Carlos, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000, pp.30-31.

⁵²⁹ Como lo explica Fioravanti, “la revolución no puede ni quiere conceder un papel garantizador importante a los jueces, porque aparte de la experiencia histórica del Estado absoluto que la condena a ver a los jueces o como funcionarios del Estado, o como enemigos de la unidad política de la nación en el caso de que éstos, como herederos de privilegios aristocráticos, hubiesen querido independizarse de la voluntad política soberana hasta el punto de poderla contestar eficazmente” en Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 6ta. ed., trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2009, p.72.

⁵³⁰ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, 18a. ed., trad. Nicolás Esteváñez, México, Editorial Porrúa, 2010, p.151

⁵³¹ De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, op. cit. p.288. En palabras de Carré de Malberg “Una decisión de un administrador, la sentencia de un tribunal, sin duda engendran un estado de Derecho con respecto a las personas sobre las que aquellas se pronuncian. Sin embargo, se consideraba que dichas decisiones no daban lugar a normas creadoras de Derecho, no creaban un Derecho nuevo, dado que el Derecho elaborado por estas autoridades subalternas se hallaba ya contenido en el ordenamiento jurídico preexistente; éste es elaborado en virtud de principios establecidos por las leyes vigentes o de poderes que el administrador y el juez extraen de la legislación preestablecida.”, en Carré de Malberg, Raymond, *La ley, expresión de la voluntad general. Estudio sobre el concepto de ley en la Constitución de 1875*, trad. Ignacio Massot Puey, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 31.

⁵³² Para Tron Petit y Ortiz Reyes “con la crisis del positivismo, la emergencia de los derechos humanos, desde el subsuelo de la conciencia social, se sentaron las premisas del tránsito de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho, que al enuclear sobre los derechos humanos la actuación de un sistema de valores y principios constitucionales, confirió al ordenamiento jurídico fundamental de una eficacia normativa inmediatamente vinculatoria para sus destinatarios: poderes e individuos. El Estado Constitucional de Derecho y su interpretación, deconstruyeron el altar consagrado a la ley formal, reemplazándolos por el nuevo ídolo de la justicia material.” Tron Petit, Jean Claude y Ortiz Reyes, Gabriel, “La nulidad de los actos administrativos”, 3a. ed., México, Porrúa, 2009, p. 200.

la llamada teoría cognitiva de la interpretación, entendida como la creencia de que todo texto normativo admite una interpretación verdadera o que todo sistema jurídico es necesariamente completo y coherente, han resultado insatisfactorios para dar cuenta las exigencias del Estado constitucional de derecho⁵³³.

Sin embargo, tal como lo recuerda Ignacio de Otto, el reconocimiento de un margen de libertad en la función jurisdiccional no da lugar a una libertad absoluta, sino que por el contrario, “se demuestra la necesidad de que el Estado democrático de Derecho desarrolle al máximo los mecanismos correctores de esa libertad”⁵³⁴, es en esta coyuntura donde encuentra cabida esa norma jurídica denominada *jurisprudencia* que se constituya en “regla de aplicación del derecho”⁵³⁵ cuyo objetivo sea la de uniformar criterios a fin de generar seguridad jurídica⁵³⁶.

Esta contribución a la generación de seguridad jurídica a través de la *jurisprudencia*, en su calidad de norma jurídica creada a partir de la reiteración de decisiones judiciales, puede explicarse conforme al principio de la universalidad⁵³⁷ de la premisa normativa como requisito necesario para la justificación de una decisión judicial, de acuerdo al cual se puede afirmar que una decisión satisface el requisito de universalidad si dicha decisión tiene implicaciones hacia el futuro, es decir que “la universalidad presupone el compromiso de resolver del mismo modo todos los casos iguales al que se ha

⁵³³ Para Luigi Ferrajoli, el Estado constitucional de derecho conlleva la alteración en diversos planos del modelo positivista clásico, que en el plano de la teoría de la interpretación y la aplicación de la ley, “incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley” en Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil. op. cit.*, p. 29.

⁵³⁴ De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, op. cit.* p. 290.

⁵³⁵ *Ibid.* pp. 288-290

⁵³⁶ De Silva Carlos, “La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho”, Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 1998. p.140

⁵³⁷ Para Robert Alexy “el fundamento del uso de los precedentes lo constituye el principio de universalidad, la exigencia que subyace a toda concepción de justicia en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera a lo igual.”, en Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra Editores, 2010, p.377.

decidido”⁵³⁸, dicho compromiso generador de seguridad jurídica en la actividad jurisdiccional, constituye el elemento conforme al cual un particular podría razonablemente prever el contenido de una resolución judicial⁵³⁹.

Por su parte, el tema en estudio también debe considerar la cuestión relativa a la organización judicial de cada Estado, ya que la obligatoriedad de la *jurisprudencia* se extrae de las sentencias de los tribunales superiores, tales como las Salas Superiores de los Poderes Judiciales o, en su caso, al Tribunal Constitucional; quienes, en su calidad de órganos de cierre de un determinado ordenamiento jurídico, tendrán la tarea de unificar los criterios emitidos por los órganos jurisdiccionales inferiores en aras de salvaguardar el principio de seguridad jurídica en el ámbito de la actividad jurisdiccional, es decir que una vez que dichos órganos superiores emitan un criterio definitivo, los gobernados podrán prever el contenidos de las resoluciones que emitan, no sólo dichos órganos jurisdiccionales sino también los tribunales inferiores.

Finalmente debe considerarse que no existe una formula única para determinar el contenido⁵⁴⁰ y la forma en que será obligatoria la *jurisprudencia*, lo anterior en virtud de que la forma de creación, modificación, sustitución, interrupción, así como la identificación de los destinatarios obligados por dichas

⁵³⁸ Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, op. cit., pp. 139 y 140.

⁵³⁹ En términos de Robert Alexy el uso del precedente supone “una contribución a la seguridad jurídica y a la protección de la confianza en la aplicación del Derecho”, en Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, op. cit. p.380.

⁵⁴⁰ Como nos recuerda Rogelio López Sánchez: en México, la jurisprudencia queda plasmada en textos generalmente cortos, denominados “tesis”, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los siguientes términos: “1. Una tesis consiste en la expresión por escrito, en forma abstracta, del criterio de interpretación de una norma jurídica con el que se resolvió un caso concreto. Luego, la tesis no es un extracto, una síntesis o un resumen de la resolución. 2. La tesis no contendrá en su texto datos concretos (nombre de personas, cantidades, objetos, etc.) de carácter eventual, particular o contingente, sino exclusivamente los de naturaleza general y abstracta. Si se considera necesario ejemplificar con aspectos particulares del caso concreto, deberá expresarse, en primer término, la fórmula genérica, y en segundo lugar la ejemplificación.” para una explicación sobre la sistematización de la jurisprudencia mexicana véase López Sánchez, Rogelio, “Breve referencia sobre el reporte de jurisprudencia en el Poder Judicial de la Federación” en Núñez Torres, Michael G. (coord.), *El debido proceso en el derecho constitucional procesal mexicano. A la luz de la jurisprudencia y precedentes nacionales e internacionales.*, op.cit., p. 21 y ss.

normas jurídicas corresponde al derecho positivo de cada Estado determinarla⁵⁴¹.

Derivado de lo hasta aquí expuesto, podríamos concluir que una de las grandes críticas a la idea de pluralismo constitucional y «diálogo jurisprudencial» deriva de la idea de que: en la medida que la jurisprudencia se constituya como una verdadera norma general, encargada de orientar la actividad de la totalidad de los órganos jurisdiccionales, es que se contribuye a la creación de un ambiente de seguridad jurídica⁵⁴².

Como se puede apreciar, el principio de seguridad jurídica en su relación con la aplicación de la *jurisprudencia* emitida por un órgano jurisdiccional superior, tal como parece entenderlo la crítica al pluralismo constitucional y al «diálogo jurisprudencial», exige del juez constitucional y/o convencional la aplicación obligada de esta última en casos similares que requieran la aplicación de la misma disposición constitucional, respecto de la cual se pronunció el superior jerárquico; por su parte, en el caso de la RCDH de 2011, reconocer en su totalidad el principio *pro persona* facultaría al juez constitucional no solamente a aplicar dicha *jurisprudencia*, sino a que interprete y aplique la norma más favorable en la solución el caso concreto, lo que implicaría hacer la citada *jurisprudencia* objeto de control de regularidad constitucional (o convencional) y, por consiguiente, un «diálogo jurisprudencial».

De esta forma el principio de seguridad jurídica, tal y como ha quedado expuesto en la presente investigación, podría reducir la labor del juez a la mera

⁵⁴¹ Por ejemplo, el artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece lo que Ulises Schmill llama el *principio de obligatoriedad de la jurisprudencia*, en Schmill Ordóñez, Ulises, *El sistema de la Constitución Mexicana*, op. cit. 2014, p. 228. Dicha norma constitucional faculta al legislador para establecer la forma en que será obligatoria la jurisprudencia por lo que la vigente Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 215 que la jurisprudencia se establece por reiteración de criterios, por contradicción de tesis y por sustitución. El artículo 216 dispone los órganos facultados para crear jurisprudencia, y el artículo 217 del mismo cuerpo normativo consigna los destinatarios de dicha jurisprudencia con base en la jerarquía judicial mexicana.

⁵⁴² De Silva Carlos, "La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho", Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial* op. cit. p.151.

aplicación de *jurisprudencias* obligatorias emitidas por su superior jerárquico; dicha concepción de la labor judicial implicaría reducirla a mera subsunción de los hechos a lo establecido por el criterio jurisprudencial emitido por un superior jerárquico, es decir que de ser la boca de la ley de que hablaba Montesquieu, el juez constitucional se convertiría en la boca de la *jurisprudencia* obligatoria.

También se debe considerar que un extremismo en la aplicación del principio de seguridad jurídica en la labor del juez constitucional y/o convencional podría traducirse en una petrificación del ordenamiento jurídico que implicaría el desconocimiento de la constante transformación del contexto social que está llamado a normar, en este sentido el TCEI ha establecido que el principio de seguridad jurídica “no puede erigirse en valor absoluto por cuanto daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente, siendo así que éste, al regular relaciones de convivencia humana, debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y de progreso.” (STC 126/1987 de 16 de julio).

A este respecto el Profesor Pegoraro señala con precisión que:

“...Generalmente, por tanto, pueden ser sometidos al juez de las leyes casos análogos o idénticos, y se le puede solicita(r), decidir —también en controversias distintas—sobre la constitucionalidad de actos ya examinados. Incluso donde el principio no está especificado, aparece conforme a la lógica jurídica: el ordenamiento cambia cotidianamente, y esto conlleva que un acto que hoy es constitucional, o no inconstitucional, pueda ser considerado inconstitucional seguidamente, por la evolución de las situaciones jurídicas o de hecho.”⁵⁴³

En el caso específico de las normas sobre derechos fundamentales, la mera aplicación del principio de seguridad jurídica a través de la obligatoriedad de aplicar la *jurisprudencia* emitida por un superior jerárquico implicaría el desconocimiento del principio *pro persona*, mismo que fue analizado en el capítulo I de la presente investigación y conforme al cual, una vez reconocida la calidad de norma jurídica de dicha *jurisprudencia*, sería inaplicable en aquellos casos donde se considere que exista una interpretación o una norma más

⁵⁴³ Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, trad. Marta León Alonso, a partir de un texto inicial de Mayte Salvador Crespo y de Mara Zamora Crespo, revisado y modificado, Madrid, Dykinson, S.L., 2004, p. 121.

favorable.

Es decir, conforme al principio *pro persona* es factible concluir que, aun cuando exista una *jurisprudencia* obligatoria en su carácter de norma jurídica que recoge la interpretación general de una disposición de derecho fundamental, un juez constitucional que deba resolver un caso concreto debe acudir directamente a la disposición en cuestión y verificar si existe una interpretación que optimice el ejercicio de un determinado derecho fundamental, y en caso de encontrarla, aplicar directamente dicha disposición constitucional (o convencional) con el sentido que el juzgador constitucional le ha dado para resolver el caso concreto, aún y cuando dicha operación implique desconocer expresamente la *jurisprudencia* en cuestión.

Tal como se había anticipado, el reconocimiento de una facultad semejante para los jueces constitucionales, o convencionales, implicaría aceptar la imprevisibilidad en la actuación de los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar o interpretar derechos fundamentales, creando de esta forma un margen de incertidumbre para las personas involucradas en el proceso, el cual resulta incompatible con el entendimiento que se le ha dado al principio de seguridad jurídica pero que resulta adecuado para el contexto de un pluralismo constitucional en el que se desarrolla el «diálogo jurisprudencial». A este respecto, Bustos Gisbert se ha pronunciado con claridad cuando afirma que:

“Lo característico de las situaciones de pluralismo descritas es que ya no puede existir, por definición, una instancia última de solución de controversias jurídicas (para un resumen del problema, las cuatro posiciones sustentadas en Avbelj-Komarek, 2008). Existirán tantas instancias como ordenamientos constitucionales estén siendo aplicados simultáneamente. No hay ya, por tanto, una clara unidad de interpretación, sino tantas unidades de interpretación como ordenamientos constitucionales componentes de ese pluralismo reconozcamos. En tales casos, apunta Poriáres Maduro (2007), existe un contexto de conflicto potencial entre distintos ordenamientos constitucionales que ha de resolverse de manera no jerárquica.

“En estos casos, por tanto, el diálogo se producirá cuando exista una distorsión entre los distintos órganos encargados de interpretar con carácter supremo sus propias normas constitucionales. Distorsión consistente en alcanzar soluciones incompatibles entre sí a idénticos problemas. Esto es, el diálogo no viene impuesto por la diversidad de soluciones, pues la idea de diversidad es

consustancial a la idea de pluralismo constitucional. Sin diversidad lo que se ahogaría es precisamente ese pluralismo que se asienta, precisamente, en un proceso dinámico de convergencias y divergencias (Rosenfeld). Lo esencial es que esa diversidad no conduzca a situaciones de incompatibilidad absoluta. No se trata, pues, como en el orden interno nacional tradicionalmente entendido, de asegurar una interpretación totalmente coincidente, sino que lo buscado es un conjunto de interpretaciones mutuamente compatibles. Cuál sea el grado de diversidad tolerado (o lo que es lo mismo, cuál sea el grado de interpretación divergente que se considere compatible) dependerá de la intensidad y la naturaleza del pluralismo constitucional en que nos encontremos. Mucho más reducido en las formas «fuertes» de pluralismo constituidas por los sistemas de incorporación institucional (v. gr., Unión Europea) y por reconocimiento sistémico (v. gr., Consejo de Europa o el sistema universal de protección de derechos fundamentales) que las formas «débiles» de pluralismo constitucional. Pero aun en las formas «fuertes» la intensidad y grado de la diversidad tolerable será distinta.”⁵⁴⁴

En este contexto deben considerarse las manifestaciones del Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación José Ramón Cossío, al establecer que los derechos humanos son “entidades de razón pública universal, sobre los que cualquier persona o autoridad puede opinar y orientar su decisión de acuerdo con lo que exigen a partir de su mejor entendimiento”⁵⁴⁵; bajo esta tesitura es factible reconocer que la optimización en el ejercicio de dichos derechos y/o la expansión de su ámbito protector es un constante proceso que no puede culminar con la interpretación que de una disposición de derecho fundamental realice el órgano cúspide dentro de la jerarquía judicial de un determinado ordenamiento jurídico, sino que se debe atender al ejercicio de los jueces que,

⁵⁴⁴ Bustos Gisbert, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, op. cit., pp. 177-178. En el mismo sentido Armin von Bogdandy sostiene que debe admitirse que la “situación generada por la inexistencia de “una última palabra” por parte de un tribunal, no deja de producir miedos y angustias.”. Sin embargo, el mismo autor considera que “se trata de un escenario sumamente positivo, porque es un elemento de una verdadera separación de poderes que responde al fortalecimiento del Poder Judicial. Puede funcionar si las cortes entienden que tienen una responsabilidad común en este nuevo contexto tanto para la aplicación como para el desarrollo del derecho”. Von Bogdandy, Armin, “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual en derechos humanos: Elementos para una agenda de investigación”. En Von Bogdandy, Armin, et al., *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, op.cit. p.14-15.

⁵⁴⁵ Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 13 de octubre de 2014, en: https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/13102014PO.pdf, (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2014)

día a día, resuelven los casos que se hacen de su conocimiento.

La posibilidad de exponer distintas soluciones a un mismo problema, ya sea que estas provengan de la CoIDH o de los tribunales nacionales, mediante la elección de la norma o interpretación más favorable, ha ocasionado un proceso de formación de lo que la doctrina ha denominado un *ius commune* en materia de derechos humanos, el cual, se analizará en el siguiente apartado.

III.5 El «diálogo jurisprudencial» y la doctrina del *ius commune*

Tal y como lo explica José María Serna de la Garza “el *ius commune* es el cuerpo normativo y de doctrina integrado a partir del siglo XII en Europa, que vino a conformar una cultura jurídica común en el espacio europeo, de raíces romanas, desarrollada por glosadores y comentaristas”⁵⁴⁶, mismo que tuvo una dimensión trasnacional conducente a su adaptación diferenciada en los espacios políticos-territoriales en que pretendió operar.⁵⁴⁷

Con respecto al significado del *ius commune*, Paolo Grossi sostiene lo siguiente:

“El Derecho común se encarna y se identifica con la *interpretatio*. Y esto quiere decir dos cosas: que tiene una dimensión sustancialmente científica, es producto de la ciencia; que la ciencia – en cuanto *interpretatio*- no lo produce por sí sola, fantaseando, sino elaborándolo desde su fundación y con el auxilio de un texto autorizado. El Derecho común se despliega y se combina siempre en dos momentos inescindibles, el momento de la validez representado por el *Corpus iuris civilis* y por el *Corpus iuris canonici*, el momento de efectividad representado por la construcción doctrinal (y sólo de forma secundaria judicial y notarial). Nuestra ciencia jurídica no es pensable sin un texto que interpretar, pero el texto no puede ser considerado más allá de una insustituible referencia formal.”⁵⁴⁸

En el contexto medieval, la coexistencia entre el universalismo representado por el *ius commune* y el particularismo representado por los *iura*

⁵⁴⁶ Serna de la Garza, José María, “El concepto de *ius commune* latinoamericano en derechos humanos: Elementos para una agenda de investigación” en Von Bogdandy, Armin, et al., *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, op. cit. p.40

⁵⁴⁷ *Ibid.* p. 41

⁵⁴⁸ Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 225. El autor explica que la *interpretatio* “es una declaración, pero es también integración, corrección, modificación del texto, que se enfrenta a dos objetos, formalmente, el texto, materialmente, los hechos; que ella es la mediadora entre éstos y aquél.”

*propia*⁵⁴⁹ no implicaba que éstos últimos tuvieran pretensiones totalitarias o que se situaran en un frontal antagonismo con el Derecho común, sino que “en su ámbito y ordenamiento, lo integran, lo especifican, llegan incluso a contradecirlo con variaciones particulares; pero jamás llegan (ni quieren llegar) a impugnarlo”⁵⁵⁰

“En conclusión: el particularismo tardomedieval no es una laceración, no es una ruptura de un gran orden unitario. Es el orden integrador que muestra mil facetas, se complica en autonomías, se articula en una pluralidad de ordenamientos que conviven...

“La correcta visión de la compleja experiencia jurídica medieval tal y como se nos aparece en pleno siglo XIII, en toda su completa madurez, es a su vez pluriordenadora: múltiples ordenamientos concurrentes que no requieren legitimación del exterior, pero que se autolegitiman sustancialmente en la medida que son expresiones espontáneas de las más variadas dimensiones de lo social; dimensiones que pueden ser la comunidad humana universal productora por inspiración divina de reglas racionales interpretadas por las *leges* y por la ciencia, las comunidades territoriales particulares productoras de normas locales, los sujetos del universo feudal, el estamento de los mercaderes, un *ethnos* particular que intenta reafirmar en el plano jurídico la propia originalidad, y así sucesivamente.

“Todo esto es Derecho. No existe juricidad de superior o inferior grado; no existe ahí un ordenamiento más válido: el Derecho universal, el Derecho respaldado por los siglos, el Derecho científico, puede ceder ante la pequeña emersión local. No hay jerarquía de fuentes, en su lugar hay un juego de relaciones entre ordenamientos que, conviviendo y estando todos ellos vigentes al mismo tiempo, se refrenan en la relatividad de la vida jurídica.”⁵⁵¹

⁵⁴⁹ Este nivel particular corresponde a las estructuras de autoridad de los distintos reinos integrantes del Sacro Imperio Romano Germánico (personificado por reyes y príncipes), tendientes a la fragmentación normativa. Serna de la Garza, José María, “El concepto de *ius commune* latinoamericano en derechos humanos: Elementos para una agenda de investigación” en Von Bogdandy, Armin, et al., *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, op. cit. p.40

⁵⁵⁰ Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, op. cit., p. 223

⁵⁵¹ *Ibid.*, pp. 224 y 230-231. Para García Pelayo “la complejidad del orden jurídico no derivaba solamente del carácter consuetudinario del Derecho y del pluralismo de su fuente creadora, es decir, de la sociedad, sino que se debía también a la creación constante del Derecho por relaciones interpersonales a través del pacto (feudovasallático o de otra especie) y de la Carta. En estos casos el derecho subjetivo creaba norma para las partes, pero, como veremos más adelante, los derechos subjetivos no derivaban mediata o inmediatamente —como es el caso en el Derecho moderno— de una norma general, objetiva e impersonal, sino que, por el contrario, se sustentaba sobre sí mismos o, para ser más precisos, sobre el mero reconocimiento por parte de los demás de *status* de poder heterogéneos y variables, con el que se introducía un nuevo momento pluralista en la estructura del orden jurídico. Y, finalmente, otro factor generador de pluralismo consistía en la amplia vigencia del principio jurídico personal a costa del territorial hasta que, a partir del siglo XI, comienza a afirmarse la primacía de este último. Así pues, cada

Son estas características del *ius commune* que han sido extrapoladas a la realidad actual por un sector de la doctrina, tal como se advierte de lo expuesto por García Roca cuando sostiene que:

“Asistimos pues a la lenta erección de un nuevo *ius commune europeo* como ocurrió con la construcción del viejo derecho común en torno al derecho romano y al canónico en Bolonia y otras universidades italianas. Al igual que en la Baja Edad Media, no tenemos ahora un legislador común de los derechos, pues no puede realmente considerarse como tal el tratado internacional que crea el sistema del Convenio y sus Protocolos adicionales o de reforma dado el margen de indeterminación y de concretización legal que resta por debajo para los parlamentos nacionales en la libre conformación de los derechos. La construcción de este nuevo derecho común vuelve a hacerse también, sobre todo, a través de la jurisprudencia y la doctrina científica y tiene asimismo un nada desdeñable efecto integrador. Como todo verdadero derecho común, no impide el *iura propria*. No es un fenómeno semejante al de la posterior codificación en el siglo XIX. Pero no olvidemos que la codificación no hubiera sido posible sin la previa construcción del derecho común. No hablamos en todo caso de unos derechos idénticos en toda Europa sino de un mínimo común, internacionalmente protegido como basamento, más unos derechos internos que deben ser equivalentes y garantizar una mayor protección.”⁵⁵²

Bajo esta premisa es que el *ius commune* es considerado como el antecedente de lo que actualmente se conoce como *ius constitutionale commune*, mismo que, como sostiene Armin von Bogdandy, se ha configurado como una estrategia para dar respuesta al interrogante sobre cómo entender las estructuras fundamentales del derecho público a la luz de los procesos de apertura y globalización, teniendo en cuenta su caracterización, producto del entrelazamiento de los órdenes normativos internacional, supranacional y nacional de protección de los derechos humanos propios del siglo XXI.⁵⁵³

A. El caso europeo

hombre llevaba consigo el Derecho de su lugar de nacimiento o de su estirpe y dondequiera que estuviera había de ser enjuiciado con arreglo a tal Derecho, lo que contribuía a acentuar la estructura pluralista.” En García Pelayo, Manuel, “La idea medieval del derecho”, en: *Obras Completas*, 2da. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, Volumen II, p. 1083.

⁵⁵² García Roca, Javier, “El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, op. cit., p.231

⁵⁵³ Von Bogdandy, Armin, “Nota Preliminar” en Von Bogdandy, Armin, et al., *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, op. cit. p.XIII.

Se puede afirmar que el constitucionalismo europeo⁵⁵⁴ relacionado con la creación de un *ius commune*⁵⁵⁵, el cual abarca tanto las modalidades de ejercicio del poder como la protección de los derechos fundamentales⁵⁵⁶, constituye el ordenamiento jurídico en el que, con mayor amplitud, se ha desarrollado el «diálogo jurisprudencial».⁵⁵⁷ La profesora de Derecho público en la Escuela de Derecho de la Sorbona, Laurence BurgorgueLarsen, sostiene sobre este punto lo siguiente:

“En realidad, en Europa, la construcción, el desarrollo y el fortalecimiento del llamado “constitucionalismo europeo” o “derecho constitucional europeo” se desarrolla sobre todo mediante un diálogo judicial con una multitud de “actores” jurisdiccionales –las jurisdicciones nacionales (de los jueces “ordinarios” a los jueces constitucionales) y, por supuesto, no se puede ignorar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que da lugar a un entramado sumamente variado de relaciones. El constitucionalismo europeo es sobre todo “dialogado”, lo que permite, entre otras cosas, superar las barreras, los retrasos de la integración generada por revisiones caóticas de los tratados...”⁵⁵⁸

De igual forma, dicho diálogo ha dado como resultado un proceso de *Cross-Fertilization of the Legal Systems*, entendido como la exportación e importación de los conceptos e ideas fundamentales de un sistema jurídico nacional a otro, de un sistema jurídico regional a otro, y de un sistema jurídico

⁵⁵⁴ A respecto Bustos Gisbert explica que “Desde la II Guerra Mundial se está viviendo, fundamentalmente aunque no sólo en Europa un lento proceso de *constitucionalización* de ordenamientos jurídicos de ámbito superior al estatal. Este proceso ha aparecido en paralelo a la progresiva integración de los Estados europeos, pero ha recibido un fuerte respaldo (ampliando su base territorial) como consecuencia del heterogéneo proceso de interrelación mundial de la vida colectiva que conocemos hoy con el ya manido nombre de globalización”. Bustos Gisbert, Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, op. cit. p.1.

⁵⁵⁵ Este *ius commune* de los derechos fundamentales, afirma Pablo Perez Tremps, se ha construido sobre tres bases: la Constitución interna, el Convenio Europeo y el Derecho Comunitario, incluida la Carta de Derechos. Véase Perez Tremps, Pablo, “La experiencia española de aplicación de las “Cartas” Europeas de Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, op. cit., p. 412

⁵⁵⁶ Burgorgue-Larsen, Laurence, “La formación de un derecho europeo a través del diálogo judicial” en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.) *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, op. cit, p.25

⁵⁵⁷ Vázquez Esquivel, Efrén y Cienfuegos Sordo Jaime Fernando, “El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: Perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la jurisdicción interna” en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, op. cit., p. 22.

⁵⁵⁸ Burgorgue-Larsen, Laurence, “La formación de un derecho europeo a través del diálogo judicial” en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.) *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, Op. cit, p. 30-31.

internacional (o uno regional) a otros sistemas jurídicos de carácter nacional⁵⁵⁹, produciéndose con esto un sincretismo jurídico-cultural que, de una o de otra manera, contribuye general confianza en los diferentes actores de la comunidad jurídica internacional.

Respecto a lo que en este trabajo mentamos como sincretismo jurídico-cultural, el jurista británico Francis J. Jacobs la denomina “fertilización cruzada”, la cual se produce entre las naciones a través del diálogo judicial. Tampoco hay desatino en esta denominación, pues lo que se produce en los sistemas jurídicos, a través del diálogo judicial, por medio del cual se incorporan recíprocamente elementos de un sistema jurídico a otro, es el mejoramiento de un producto. De manera textual el autor citado sostiene:

“It is clear, I think, that within the EU there has been a remarkable degree of judicial dialogue and cross-fertilization, all the more significant in view of the great differences in the legal systems of the Member States and their historical foundations.”⁵⁶⁰

En este sentido, es en la Unión Europea donde el «diálogo jurisprudencial» ha tenido su mayor desarrollo; al grado de que algunos autores hacen depender el desarrollo del *ius commune europeo* de dicha interacción entre los órganos jurisdiccionales trasnacionales y los países miembros.⁵⁶¹

B. El caso de América Latina

La doctrina de un *ius constitutionale commune* surge a juicio del jurista E. Ferrer Mac-Gregor⁵⁶² de la misma doctrina establecida por la Corte

⁵⁵⁹ Anne-Marie Slaughter, véase el artículo Slaughter, Anne-Marie, “A Typology of Transjudicial Communication”, *op. cit.* p.117.

⁵⁶⁰ Jacobs, Francis G. “Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice” *Texas International Law Journal*, No. 38, 2003, p.556. (Documento web), en: <http://www.tilj.org/content/journal/38/num3/Jacobs547.pdf>, fecha de consulta: 16 de enero de 2017.

⁵⁶¹ A respecto Joseph H. H. Weiler y Ulrich R. Haltern han señalado el “constitucionalismo europeo” se plasma en que las líneas jurisdiccionales deben ser objeto de una conversación constitucional, no de un “diktat” constitucional. Véase Bustos Gisbert, Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, *op. cit.* p.51.

⁵⁶² A entender del autor, “la trascendencia de la nueva doctrina sobre “el control difuso de convencionalidad” es de tal magnitud, que probablemente en ella descansa el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un

Interamericana de Derechos Humanos —la cual se da por medio de la consolidación del *control difuso de convencionalidad*, mismo que nace en el caso Almonacid Arellano vs. Chile en 2006—, y que ha sido desarrollada y matizada por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas resoluciones.⁵⁶³ Para Armin von Bogdandy son tres los conceptos que pueden explicar el *ius commune* latinoamericano, a saber: el diálogo, inclusión y pluralismo normativo.

Por lo que respecta al diálogo, el autor sostiene que, para los órganos jurisdiccionales, el concepto conlleva ante todo la necesidad de justificar sus decisiones fundamentándolas en argumentos suficientes ya que a su juicio en el nuevo derecho público, las cortes están obligadas a argumentar para convencer a otros actores jurídicos y justificar la toma de decisión ya que la autoridad del ente jurisdiccional no es suficiente. En este sentido el diálogo entre las cortes se torna en un elemento determinante en la formación del *ius commune*, en virtud de que si bien el concepto diálogo no requiere armonía, también debe considerarse que solamente funciona si las partes del diálogo están involucradas en un proyecto común⁵⁶⁴, y sobre todo, nosotros añadimos, que las partes estén dispuestas a dialogar.

El segundo concepto clave expuesto por el autor es el denominado como “inclusión”, el cual conlleva la idea de la inclusión de todos en los grandes sistemas sociales: en el sistema de salud, en el sistema de educación, en el

auténtico “diálogo jurisprudencial” – entre los jueces nacionales y los interamericanos-, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitucional commune* en las Américas” Ferrer Mac-Gregor, Eduardo “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.) *La reforma constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, op. cit., p. 429.

⁵⁶³ Vázquez Esquivel, Efrén y Cienfuegos Sordo Jaime Fernando, “El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: Perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la jurisdicción interna” en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, op. cit., p. 23.

⁵⁶⁴ Von Bogdandy, Armin, “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual en derechos humanos: Elementos para una agenda de investigación” en Von Bogdandy, Armin, et al., *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, op. cit. p.14.

sistema económico y de trabajo, en el sistema político. El concepto de inclusión, sostiene el autor, “lleva a la visión de una sociedad más pacífica, y por eso tiene prioridad en la agenda del nuevo derecho público”.⁵⁶⁵

Finalmente, el tercer elemento clave del *ius commune* es el “pluralismo jurídico”, ya estudiado en apartados anteriores en su vertiente de “pluralismo constitucional”, pero respecto del cual el autor considera que las teorías pluralistas coinciden en “no considerar a las distintas normas del derecho internacional público, del derecho supranacional o del derecho estatal nacional como parte de un ordenamiento jurídico unitario y por tanto rechazar el paradigma de jerarquía como mecanismo que define la relación entre dichos ordenamientos.”⁵⁶⁶

En concatenación con lo anterior, se aprecia con meridiana claridad que, también debido a los factores referidos en el apartado II. 3 del presente capítulo, en América emerge la necesidad de un auténtico «diálogo jurisprudencial», mismo que se ha venido desarrollando de la misma manera como se viene desarrollando en Europa, entre los países parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.⁵⁶⁷ En relación con lo anterior, Raúl Canosa ha expuesto lo siguiente:

“Sorprende que con tan pocas resoluciones la Corte de San José haya impuesto en tan poco tiempo un entendimiento común de los derechos y revolucionado las relaciones entre tribunales nacionales y Corte Interamericana, mediante la conversión de los primeros en auxiliares de la segunda. A través del control de convencionalidad interno, la Corte acaba por cerrar el círculo de su supremacía, porque en rigor puede hablarse de un principio de «supremacía convencional», siempre material y a menudo formal, fraguado en ese diálogo jurisprudencial”. Se ha forzado la apertura del derecho constitucional al derecho internacional en su doble vertiente procedimental y sustantiva. Por lo que atañe a la procedimental, en la medida en la que se conforma un sistema de jurisdicción interamericano del que los jueces nacionales son partícipes. Respecto a la segunda porque la Corte ha cambiado el modo de interpretar los derechos y, al hacerlo, acaba imponiendo un

⁵⁶⁵ *Ibid.* p. 15

⁵⁶⁶ *Ibid.* p. 20-21

⁵⁶⁷ Vázquez Esquivel, Efrén y Cienfuegos Sordo Jaime Fernando, “El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: Perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la jurisdicción interna” en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, *op. cit.*, p. 23.

entendimiento común.”⁵⁶⁸

Aun y cuando no compartimos el criterio de supremacía convencional expuesto por el autor y mucho menos la imposición del entendimiento de los derechos desde la CoIDH, en virtud de que aceptar tales afirmaciones sería contrario al pluralismo constitucional sustentado en páginas anteriores, resulta atinado reconocer que la formación del *ius commune interamericano* obedece a la interacción entre las jurisdicciones nacionales e interamericanas, es decir al «diálogo jurisprudencial», la constante efectividad de los derechos humanos,

Por su parte, para Víctor Bazán, existe una verdadera necesidad de establecer vínculos jurisdiccionales dialógicos entre los jueces internos y la jurisdicción interamericana, al respecto, dicho autor concluye diciendo que:

“El control de convencionalidad y sus “circunstancias” no deberían pensarse ni desarrollarse en el marco de una estricta y exclusiva lógica unidireccional desde la Corte IDH hacia las jurisdicciones nacionales, sino que es preciso generar las condiciones para profundizar “diálogos jurisprudenciales críticos” de los tribunales nacionales entre sí y de ellos con la Corte IDH. [...] [La necesidad de edificar paulatinamente una razonable sinergia interjurisdiccional se plantea partiendo de la premisa de que no existe una relación jerárquica formal entre aquellas instancias jurisdiccionales, sino una deseable convivencia en conexión axiológica y jurídicamente cooperativa en la línea de una hermenéutica *pro persona*, en tanto ella son copartícipes necesarias de un objetivo convergente: *fortalecer cualitativamente la tutela y la realización de los derechos básicos, lo que supondrá optimizar la salvaguarda de la dignidad humana.*”⁵⁶⁹

Sobre este punto resulta relevante destacar que Bazán ya habla de puentes dialógicos. En este sentido, se estima que es correcto hablar de «puente dialógico», porque la palabra «puente» remite, en la tradición de la cultura occidental, en el límite de una frontera cultural, al punto de encuentro de dos o más líneas divisorias de tradiciones diferentes que, por medio de un puente, se produce la posibilidad de que se comuniquen entre sí. De ahí entonces que el diálogo entre tradiciones jurídicas diferentes, como en todo

⁵⁶⁸ Canosa Usera, Raúl, *El control de convencionalidad*, Navarra, Editorial Civitas/Thomson Reuters, 2015, p. 38

⁵⁶⁹ Bazán, Víctor, Bazán, Víctor, “Control de convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicos y protección de los derechos humanos” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, op. cit. p. 64.

auténtico diálogo, no puede ser unilateral ni previamente jerarquizado, sino que debe existir una cooperación entre las distintas jurisdicciones encargadas de ejercer un control difuso de la constitución y de la convención.⁵⁷⁰

Ahora bien, en América, tal como nos hace recordar E. Ferrer Mac-Gregor⁵⁷¹, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que el «diálogo jurisprudencial» no se da de arriba hacia abajo, sino que el «diálogo» es posible de muy diversas formas entre los órganos jurisdiccionales en que integran el Sistema Interamericano:

“4. Durante 2010 el “diálogo jurisprudencial” entre la Corte Interamericana, órganos judiciales superiores a nivel interno. Este diálogo ha tenido dos efectos concretos y palpables en los últimos años. Por un lado, a nivel interno se puede verificar un creciente número de países que incorporan los estándares interamericanos de derechos humanos fijados por la Corte. Por el otro, la Corte se ve enormemente beneficiada de la jurisprudencia producida a nivel local, lo que ayuda además al desarrollo de su propia jurisprudencia. Esto genera una dinámica que enriquece la jurisprudencia del Tribunal y fortalece la vigencia de los derechos humanos en todos los Estados del hemisferio, ya que la protección internacional de los derechos humanos encuentra aplicación directa en el ámbito interno por parte de los tribunales locales o de cualquier órgano estatal encargado de impartir justicia.”⁵⁷²

Pues bien, es indudable que el «diálogo jurisprudencial» se encuentra en un proceso de desarrollo en el contexto jurídico interamericano, llegándose a hablar de que existe una configuración *in crescendo* del *ius commune*, es decir, la creación de un orden público común en base al piso mínimo de protección adoptado a través del consentimiento estatal en el orden interamericano,

⁵⁷⁰ Vázquez Esquivel, Efrén y Cienfuegos Sordo Jaime Fernando, “El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: Perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la jurisdicción interna” en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, op. cit., p. 24.

⁵⁷¹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.) *La reforma constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, op. cit., p. 426.

⁵⁷² Síntesis del Informe Anual de la Corte IDH de 2010, que se presenta a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA (Washington, D.C., 18 de marzo de 2011) en: http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garciasayan_18_03_11.pdf, fecha de consulta: 16 de enero de 2017. En esta tesitura, queda claro que los países que cada vez más incorporan criterios normativos e interpretativos de la CIDH lo hacen porque, por una u otra razón se ven beneficiados; pero también, dicho organismo supranacional, por algunas buenas razones, incorpora criterios de los países. Vázquez Esquivel, Efrén y Cienfuegos Sordo Jaime Fernando, “El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: Perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la jurisdicción interna” en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, op. cit., p. 25.

desarrollado en clave de diálogo tanto por la vía de los tratados de la materia ratificados y vigentes en el ámbito nacional como por la jurisprudencia desarrollada por la CoIDH.⁵⁷³

Derivado de lo hasta aquí expuesto, resulta incuestionable que dicho diálogo necesita, para su consolidación, una evolución en la *Teoría constitucional*, en donde habrá que examinar de nuevo, de manera preponderante, por un lado, el problema de la jerarquía normativa y los conceptos de soberanía y fuentes del derecho; y por el otro, los paradigmas interpretativos con los que operan los operadores jurídicos, tal como se demostrará en el capítulo siguiente.

En relación, Vázquez Esquivel y Cienfuegos Sordo han sostenido lo siguiente:

Esto nos hace pensar (en contra de quienes bajo la bandera de un viejo concepto de soberanía perciben que someterse a los criterios de organismos supranacionales protectores de derechos humanos es algo que menoscaba la soberanía nacional) en que lo importante es el imperio de la razón, sea cual sea su fuente de procedencia. Pues si el derecho es prudencia, como narra Platón de los antiguos (PLATÓN, 2008, I:630 d), si éste no coincide con la razón, si detrás del derecho no hay buenas razones que lo soporten sino sólo la expresión de un poder, entonces, *stricto sensu*, no estaríamos ante ningún derecho.⁵⁷⁴

Precisado lo anterior, procederemos al estudio del «diálogo jurisprudencial» desde la perspectiva de la hermenéutica filosófica, a partir de la cual, siguiendo a Gadamer, para la realización de un verdadero «diálogo jurisprudencial», las partes que intervienen en él, deben reconocerse como iguales, en cuanto a capacidad de comprensión, argumentación y de interpretación.

III.6 El «diálogo jurisprudencial» como diálogo hermenéutico

Para entender el «diálogo jurisprudencial» como diálogo hermenéutico,

⁵⁷³ Morales Antoniazzi, Mariela, “Protección de las personas privadas de libertad: construcción de un *ius constitutionales commune* en clave de diálogo”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, op. cit. p.395.

⁵⁷⁴ *Id.*

propuesta que el Doctor Efrén Vazquez y el sustentante de esta tesis hemos hecho en el trabajo ya referido⁵⁷⁵, lo primero que hay que hacer es partir del concepto de «alteridad» u «otredad», concepto que hace referencia al otro (o los otros); el otro (o los otros) es diferente a mí, pero a través del lenguaje que caracteriza al hombre, el otro y yo nos comunicamos en busca de sentido sobre algo. Otredad es la diferencia que yo tengo (o tenemos con el otro), o con los otros; pero a la vez es concomitancia, en la cual se finca tanto la universalidad como la individualización. Por eso, de acuerdo a uno de los presupuestos de la hermenéutica filosófica, la comprensión (*verstehen*) de uno mismo precisa del otro; esto es, de la comprensión del otro⁵⁷⁶, lo cual se logra por medio de un diálogo racional. Comprendiendo al otro nos comprendemos a nosotros mismos; y a la vez, comprendiéndonos a nosotros mismos, comprendemos al otro.⁵⁷⁷

La hermenéutica es esencialmente diálogo, diálogo racional, lo cual significa que, con miras a un objetivo de comprensión, en el diálogo hay preguntas y respuestas con determinada orientación. Lo característico del diálogo —y cuando éste es tal tiene que ser racional—, es que, en primer lugar, el lenguaje es el medio de su realización y, en segundo, que el fin del diálogo es la búsqueda de una razón, de ahí que la voz griega *logos*, significa no sólo razón sino también lenguaje.

Es significativo que en el capítulo 12 de *Verdad y método: El lenguaje como medio de la experiencia hermenéutica*, Gadamer inscribe el siguiente epígrafe de F. Schleiermacher: “Todo lo que hay que presuponer en la

⁵⁷⁵ Véase *supra* 46.

⁵⁷⁶ Hans Georg Gadamer establece al respecto: “El que quiere comprender no puede entregarse desde el principio al azar de sus propias opiniones previas e ignorar lo más obstinada y consecuentemente posible la opinión del texto...hasta que este finalmente ya no pueda ser ignorado y dé al traste con su supuesta comprensión. El que quiere comprender un texto tiene que estar en principio dispuesto de dejarse decir algo por él. Una conciencia formada hermenéuticamente tiene que mostrarse receptiva desde el principio para la alteridad del texto. Pero esta receptividad no presupone ni neutralidad ante las cosas ni tampoco autocancelación, sino que incluye una matizada incorporación de las propias opiniones previas y prejuicios”. Véase: Gadamer Hans-Georg, *Verdad y Método*, 12a. ed., Ediciones Sígueme, Salamanca, 2007, pp. 335-336.

⁵⁷⁷ Vázquez Esquivel, Efrén y Cienfuegos Sordo Jaime Fernando, “El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: Perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la jurisdicción interna” en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, *op. cit.*, p. 28.

hermenéutica es únicamente lenguaje”⁵⁷⁸. A este respecto, sostienen Vázquez Esquivel y el sustentante del presente trabajo de investigación lo siguiente:

“En este mismo capítulo, Gadamer plantea la tesis de que la conversación es, por antonomasia, la mejor forma del diálogo, algo que el mismo Schleiermacher también aborda cuando sostiene que ésta (la conversación) se da entre espíritus afines: “La verdadera conversación no es nunca la que uno habría querido llevar. Al contrario, en general sería más correcto decir que «entramos» en una conversación, cuando no que nos «enredamos» en ella”.⁵⁷⁹

Un diálogo hermenéutico en cualquiera de sus formas es, entonces, aquel en el que, a la pregunta con un determinado sentido, le viene aparejada una respuesta, también con un sentido que conduce a una nueva pregunta; y así a través de un proceso de preguntas y respuestas con una determinada orientación, al agotarse las preguntas se llega a un acuerdo de sentido sobre algo. En el ámbito de la hermenéutica filosófica-jurídica, dicho esto con mayor propiedad, se llega al des-ocultamiento de una verdad jurídica.⁵⁸⁰

Para Heidegger preguntar es abrir caminos, y para Gadamer preguntar y comprender es lo que da a la experiencia hermenéutica su verdadera dimensión. El que quiere comprender puede, desde luego, dejar en suspenso la verdad de su referencia inmediata de la cosa a la referencia de sentido como tal, y considerar ésta no como verdad sino simplemente como algo con sentido que proviene de una interpretación correcta.⁵⁸¹

A partir de la aceptación de que en toda «comprensión» opera un compromiso, tesis que contradice a los teóricos de la Ilustración para quienes el punto de partida del quehacer científico es deshacerse de los prejuicios, Gadamer postula que “no está en cuestión lo que hacemos ni lo que deberíamos de hacer, sino lo que ocurre con nosotros por encima de nuestro querer y hacer”;⁵⁸² y la tarea hermenéutica, cuya función esencial es lograr la

⁵⁷⁸ *Id.* Gadamer, G. H., Verdad y método, *op. cit.*, p. 460.

⁵⁷⁹ *Id.*

⁵⁸⁰ Vázquez Esquivel, Efrén y Cienfuegos Sordo Jaime Fernando, “El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: Perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la jurisdicción interna” en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, *op. cit.*, p. 29.

⁵⁸¹ *Id.*

⁵⁸² Gadamer Hans-Georg, Verdad y Método, *op. cit.*, p. 10.

«comprensión» de algo, consiste en entrar en diálogo racional con uno o varios interlocutores, o con un texto escrito.⁵⁸³

Es decir, la hermenéutica filosófica reivindica los prejuicios que habían sido denostados por la Ilustración. A la comprensión de un texto oral o escrito se llega poniendo en movimiento los prejuicios del intérprete; no hay comprensión sin anticipación de sentido, y es en el proceso de un constante proyectar donde los prejuicios se confirman, en cuyo caso dejan de ser prejuicios y se convierten en juicios, o bien, en el supuesto de que éstos no puedan ser confirmados se tienen que abandonar.⁵⁸⁴

Se sostiene lo anterior en razón de la posibilidad de comprensión, para Gadamer —uno de los principales fundadores de la hermenéutica filosófica—, se funda en nexos de sentido con las cosas del mundo, que son descubiertos por el intérprete por medio de una movilidad “horizónica”, tradición jurídica en nuestro caso. Horizonte, dice Gadamer, es ámbito de visión, o percepción, perspectiva de sentido que se encuentra en los textos escritos y orales, o, en otras palabras, es lo que, por ejemplo, en un texto normativo de naturaleza jurídica, se encuentra presupuesto, no textual o explicitado⁵⁸⁵.

Es en este contexto en el que la idea de que la «comprensión» (*verstehen*) del derecho interno, o de nuestra Constitución, se comprende desde la comprensión de los otros sistemas jurídicos, tesis sostenida por G. Zagrebelsky⁵⁸⁶, sea uno de los ejes principales sobre el que comienza a girar el debate del «diálogo jurisprudencial», el cual, a decir de algunos autores, daría

⁵⁸³ *Ibid.* pp. 446-447.

⁵⁸⁴ Vázquez Esquivel, Efrén y Cienfuegos Sordo Jaime Fernando, “El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: Perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la jurisdicción interna” en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, *op. cit.*, p. 29.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, pp. 29-30.

⁵⁸⁶ Sostiene Gustavo Zagrebelsky lo siguiente: “Il rilievo per le giurisprudenze nazionali delle giurisprudenze straniere o sopranazionali non presuppone dunque affatto l’umiliazione delle costituzioni nazionali. Si sta parlando non di un cavallo di Troia per affermare una “dittatura universalistica dei diritti”, ma di uno strumento per intendere la nostre proprie costituzioni nazionali” Véase Zagrebelsky, Gustavo e Marcenò, Valeria, *Giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 561.

un salto cualitativo si dicho diálogo se entendiera como diálogo hermenéutico.⁵⁸⁷

Para que se produzca el diálogo hermenéutico, de acuerdo a Gadamer, no se precisa que la situación hermenéutica, del texto o de los actores de una conversación oral, sea idéntica, sino más bien que exista entre los participantes del diálogo —jurisprudencial en el caso de la presente investigación— un asunto común para cada una a las partes.

“En el caso de los textos se tratan de «manifestaciones vitales fijadas duraderamente» que deben ser entendidas, lo que significa que una parte de la conversación hermenéutica, el texto, solo puede llegar a hablar a través de la otra parte, del intérprete. Solo por él se convierten los signos escritos de nuevo en sentido. Al mismo tiempo, y en virtud de esta reconversión a la comprensión, accede al lenguaje el asunto mismo del que habla el texto. Igual que las conversaciones reales, es el asunto común el que une entre sí a las partes, en este caso al texto y al intérprete [...] En consecuencia está plenamente justificado hablar de una conversación hermenéutica.”⁵⁸⁸

A lo que debe añadirse, ese asunto común tendría que tener también en los participantes del diálogo un «designio» común; es decir, se necesitaría que el pensamiento (o propósito del entendimiento) sea aceptado por la voluntad de los participantes del «diálogo jurisprudencial», lo que en el caso del diálogo judicial no podría ser otro que la conformación o construcción de un *ius constitucionale commune*.

A pesar de lo anterior, no en todos los casos es posible que se alcance porque, si bien puede haber un asunto que una a los participantes del diálogo en la comunidad internacional, ni siquiera tratándose de un tema como el de la defensa y desarrollo de los derechos humanos podría encontrarse entre los participantes del diálogo un mismo «designio» común, condición *sine qua non* para que se realice el diálogo hermenéutico, porque, en este caso, habría una coincidencia entre Derecho y Razón. Mas el problema sería la falta de coincidencia entre los dialogantes, pues habría casos en que otros factores tuvieran mayor peso en las políticas públicas, que la defensa misma de los

⁵⁸⁷ Vázquez Esquivel, Efrén y Cienfuegos Sordo Jaime Fernando, “El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: Perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la jurisdicción interna” en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, op. cit., p. 30.

⁵⁸⁸ Gadamer Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., p. 466.

derechos humanos, lo que trae como consecuencia que el diálogo hermenéutico se interrumpa⁵⁸⁹.

Es en estos casos, en los que el «diálogo jurisprudencial» no conduce al des-ocultamiento de una verdad jurídica cuando debe concluirse que el «diálogo jurisprudencial» no es un diálogo racional, es decir que no posee la estructura de un diálogo hermenéutico. Y, por tanto, ello en razón de que no siempre en las prácticas judiciales los tribunales orientan sus decisiones a la luz del diálogo hermenéutico. Por lo general, las decisiones de los tribunales solo recurren a las fuentes formales del derecho (la ley y los precedentes), la doctrina usualmente no es tomada en cuenta⁵⁹⁰; esto por un lado, y por el otro, en la interpretación que se hace de la ley y la jurisprudencia⁵⁹¹ se evade el problema de la justificación interna, es decir, se omite dar razones epistemológicas u ontológicas que condujeron a la decisión tomada en el proceso de interpretación, resultando de lo anterior una no coincidencia entre el Derecho y la Razón⁵⁹².

Desde antiguos tiempos, la hermenéutica se ocupa del problema de la verdad en el ámbito de la interpretación. Y para la nueva hermenéutica, conocida también como hermenéutica filosófica, esta disciplina también se ocupa del problema de la verdad en el ámbito de la interpretación. O de manera más precisa, del fenómeno de la comprensión y la correcta interpretación de lo comprendido;⁵⁹³ las verdades que surgen de la razón hermenéutica, no son verdades bivalentes que se comprueban por medio de la correspondencia de un enunciado con una cosa u objeto, sino más bien verdades polivalentes que emerge de una interpretación correcta y muestran la congruencia del pensar en *pro* de un determinado designio, en el caso de los jueces, por ejemplo, el designio sería la búsqueda de la realización de la justicia, o en el contexto de la

⁵⁸⁹ Vázquez Esquivel, Efrén y Cienfuegos Sordo Jaime Fernando, “El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: Perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la jurisdicción interna” en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, op. cit., p. 30.

⁵⁹⁰ A no ser la que forma parte del paradigma dominante, la cual nos predetermina.

⁵⁹¹ La jurisprudencia también tiene que ser interpretada.

⁵⁹² Vázquez Esquivel, Efrén y Cienfuegos Sordo Jaime Fernando, “El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: Perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la jurisdicción interna” en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, op. cit., p. 31.

⁵⁹³ Gadamer Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., p. 23.

Convención Americana de Derechos Humanos la construcción de un *ius constitucionales commune americano*.⁵⁹⁴

Ya en la tradición de la vieja hermenéutica, la cual en los primeros años del siglo XIX es apartada de la teología para abordársele filosóficamente por Schleiermacher —y en la segunda mitad del siglo XX, con Heidegger, adquiere un giro ontológico—, la realización de la comprensión no es posible sin la interpretación.⁵⁹⁵

La interpretación, para Gadamer, “no es un acto complementario y posterior a la «comprensión», sino que comprender es siempre interpretar y, en consecuencia, la interpretación es la forma explícita de la comprensión”.⁵⁹⁶ En el caso de la interpretación jurídica, esto significa que el sentido que trata de comprender el intérprete en el texto de la ley (con relación a una situación específica en la que se desenvuelve el caso en estudio), sólo se concreta y completa por medio de la interpretación.⁵⁹⁷

La comprensión, desde Schleiermacher y posteriormente desarrollada por Gadamer, es un acuerdo de sentido sobre algo, al cual se llega por medio de un diálogo racional al que ya nos hemos referido. Ahora bien, el diálogo es racional si y sólo si a cada pregunta con dirección y sentido le viene de inmediato una respuesta, también con dirección y sentido. El diálogo racional, el cual se remonta a Platón⁵⁹⁸, sólo llega a su fin en el momento en que los interlocutores logran el acuerdo de sentido que se busca, o cuando alguno de los interlocutores (o los dos) lo abandonan; pero si se abandona el diálogo hermenéutico, por renunciar a la verdad que surge del diálogo —la única verdad

⁵⁹⁴ Vázquez Esquivel, Efrén y Cienfuegos Sordo Jaime Fernando, “El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: Perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la jurisdicción interna” en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, op. cit., p. 31.

⁵⁹⁵ *Ibid.*

⁵⁹⁶ Gadamer Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., p. 378.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, p. 405.

⁵⁹⁸ Siguiendo el “Diccionario histórico de la lengua francesa”, la autora Laurence Burgorgue-Larsen sostiene que el diálogo encuentra sus raíces “en la palabra latín *dialogus*, que evoca una conversación filosófica a la manera de los diálogos de Platón” Véase Burgorgue-Larsen, Laurence, *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, op.cit., pp. 161-162.

socialmente aceptada, incluso en las comunidades científicas de las ciencias naturales, en razón de que no hay verdad que no surja de un proceso dialógico—, con ello queda al desnudo un poder por carecer de legitimidad ontológica o epistemológica. En este supuesto el derecho, como hemos dicho, se muestra sólo como una expresión del poder; pero no del saber fundado en la razón hermenéutica.⁵⁹⁹

“El diálogo se da de muchos modos, sin que necesariamente haya cercanía entre los interlocutores ni una relación estrecha entre preguntas y respuestas; y no indefectiblemente es racional. Se produce en las comunidades científicas, en el congreso de los diputados, en los medios de comunicación, etc., y no inevitablemente es vinculante. En él pueden participar no dos interlocutores sino un número indeterminado, como en el caso del diálogo democrático en el que, además, el acuerdo de sentido alcanzado no es vinculante y no necesariamente concuerda con una determinada razón socialmente aceptada; pero en el caso del «diálogo jurisprudencial», además de ser un diálogo institucional, tiene como característica esencial la vinculatoriedad y que, el sentido que se trata de alcanzar, es un sentido autorizado definido y final. Pero no obstante su aspecto vinculante, no en todos los casos trae consigo una coacción, por ejemplo, el caso del «diálogo jurisprudencial» entre países relacionado a la defensa de los derechos humanos es uno de ellos.”⁶⁰⁰

Una vez expuesto lo anterior, a fin de verificar nuestra hipótesis, procederemos al análisis de los criterios emitidos por la SCJN, y mas precisamente, la teoría constitucional desarrollada por dicho órgano jurisdiccional, para corroborar el impacto que tiene sobre el «diálogo jurisprudencial». que como hemos comprobado resulta necesario para el cumplimiento efectivo de la RCDH.

⁵⁹⁹ Vázquez Esquivel, Efrén y Cienfuegos Sordo Jaime Fernando, “El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: Perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la jurisdicción interna” en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, op. cit., p. 32.

⁶⁰⁰ *Id.*

CAPÍTULO IV. LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LA SCJN COMO OBSTACULO PARA EL DESARROLLO NATURAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011

IV.1 Delimitación conceptual de la idea de “teoría constitucional”

En primer lugar, debe considerarse que por teoría constitucional se entiende el “conjunto de hipótesis, planteamientos o tesis que se formulan a efecto de explicar los supuestos más generales y comunes de las Constituciones en general”⁶⁰¹. Para Elisur Arteaga Nava, una teoría constitucional comprende, entre otros temas, “qué es una constitución, cuáles son sus elementos, qué es la soberanía, cuál es su función en el derecho constitucional moderno, las formas de estado, la supremacía constitucional, la jerarquía de leyes y la división de poderes.”⁶⁰².

En su obra *Teoría de la Constitución*, Gomes Canotilho sostiene que la ubicación teórica de lo que se suele llamar teoría de la constitución es incierta y hasta oscura, por lo que, para efectos de su trabajo, se asume como una teoría política del derecho constitucional y también como una teoría científica:

“Es una teoría política porque pretende comprender la ordenación constitucional de lo político, a través del análisis, discusión y crítica de la fuerza normativa, posibilidades y límites del derecho constitucional. Es una teoría científica porque intenta describir, explicar y verificar los fundamentos, ideas, postulados, construcción, estructura y métodos (dogmática) del derecho constitucional”⁶⁰³

Por otra parte, se ha sostenido que las teorías constitucionales cumplen,

⁶⁰¹ Por su parte se le llamara “teorías de la Constitución, al conjunto de pensamientos que se hacen para caracterizar una Constitución en lo individual. A su vez, y de un modo más puntual se llama dogmática constitucional al tipo de análisis que se lleva a cabo respecto de las normas de un ordenamiento constitucional particular” Cossío, José Ramón, “La teoría constitucional en México” en Carbonell, Miguel, *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 4ta. ed., México, Porrúa, 2008, p. 440.

⁶⁰² Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, 3ra. ed., México, Oxford, 2008, p. 1. Para el autor, otras materias que, debiendo ser ubicadas bajo el concepto de Teoría constitucional, no se consideran en éste por ser de naturaleza más particular son el orden público y el fraude a la ley”

⁶⁰³ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Teoría de la constitución*, *op.cit.*, p.18.

de manera puntual, con las siguientes funciones⁶⁰⁴:

- 1) Determinar los supuestos de las Constituciones.
- 2) Precisar los papeles que éstas deben cumplir.
- 3) Definir sus contenidos o, al menos, buena parte de ellos.
- 4) Fijar el entendimiento de esos preceptos a través de la postulación de diversos métodos de interpretación.
- 5) En relación con lo anterior, señalar las formas en que debe producirse su dinámica.
- 6) Contar con un elemento de contraste hacia la práctica constitucional.
- 7) Indicar los límites de las reformas que se puedan llevar a cabo.
- 8) Precisar sus formas de terminación y las consecuencias de ello.

Ahora bien, de manera concreta y para efectos de la presente investigación, seguiremos a José Ramón Cosío cuando explica lo que significa que la SCJN tenga una teoría constitucional:

“En términos generales, que cuenta con un pensamiento estructurado y continuado de la Constitución, de sus elementos componentes, de la jerarquía de sus normas, de sus criterios de interpretación y de las funciones que debe cumplir respecto de las normas inferiores, primordialmente. Decimos que la teoría constitucional tiene que estar estructurada, en tanto no podemos concebirla como la mera acumulación de posiciones respecto a la expresión “Constitución”. Afirmamos que la teoría debe ser continuada, en la medida en que la misma haya servido para producir diversas resoluciones o, al menos, fijado la posición del tribunal a lo largo de cierto periodo”.⁶⁰⁵

Aclarado lo que en esta investigación se debe entender por teoría constitucional, ahora, para el análisis que en este capítulo haremos, seguiremos la concepción de la teoría constitucional de la SCJN sintetizada por Cosío, ya

⁶⁰⁴ Cossío, José Ramón, “La teoría constitucional en México” en Carbonell, Miguel, *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 4ta. ed., México, Porrúa, 2008, p. 440.

⁶⁰⁵ Cossío Díaz, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, op. cit. p.83.

que ésta tiene la ventaja de que incorpora precisamente los elementos que se vieron modificados por la RCDH ya que, como se ha visto a lo largo de la presente investigación, a partir de la misma y sus fines de internacionalización de los derechos humanos se vieron modificados precisamente los elementos componentes de la Constitución en materia de jerarquía de normas, de sus criterios de interpretación, de las funciones que debe cumplir respecto de las normas inferiores y del sistema de control de constitucionalidad en México.

El uso de la concepción de José Ramón Cossío, aún y cuando es aplicada a un contexto constitucional distinto, se justifica en la medida que, como lo sostiene Gomes Calnotilho, “la teoría constitucional sigue girando en torno a la problemática del estado de derecho constitucional democrático, aunque con nuevos actores sistémicos, internacionales y supranacionales”.⁶⁰⁶

Precisado lo anterior, procederemos al análisis de la teoría constitucional de la SCJN y su impacto en el «diálogo jurisprudencial», tomando como marco de referencia los parámetros apuntados en los capítulos previos, es decir, respecto de los fines de la RCDH y los postulados del pluralismo constitucional, la hermenéutica filosófica y el neoconstitucionalismo, en tanto teorías con el alcance explicativo y comprensivo necesario para dar cuenta del nuevo contexto constitucional que se vive en México.

IV.2 Restricciones constitucionales

Tal y como se explicó en el Capítulo II de la presente investigación, derivado de la reforma al artículo 1º constitucional se produjo un cambio en el sistema de fuentes del derecho, en virtud del cual la propia Constitución modificó el valor normativo de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales, de tal manera que se constituyen como condición de validez o vigencia del resto de las normas del orden jurídico mexicano.

Recordemos el contenido del dictamen de fecha 14 de diciembre de 2010, emitido por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos

⁶⁰⁶ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Teoría de la constitución*, op.cit., p.18.

Humanos de la Cámara de Diputados, donde se sostiene que uno de los objetivos fundamentales fue el de “garantizar la más alta jerarquía y eficacia normativa de los instrumentos internacionales de derechos humanos dentro del orden jurídico”.

No obstante lo anterior, en la resolución a la contradicción de tesis 293/2011⁶⁰⁷, derivada de los criterios encontrados emitidos por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativas y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y los emitidos por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia civil del Primer Circuito Judicial, de la cual a su vez deriva la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.), el Pleno de la SCJN estableció que si bien las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos como consecuencia del contenido del párrafo primero del artículo 1 constitucional, “cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma

⁶⁰⁷ En el caso objeto de análisis se estudió la contradicción de tesis entre los criterios sostenidos por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito al resolver el amparo directo 1060/2008 y los criterios sostenidos por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito al resolver los amparos directos 344/2008 y 623/2008. Cabe resaltar que antes de la resolución de la Contradicción de Tesis que se analiza, existió una tensión entre las Salas de la SCJN en torno a la aplicación y entendimiento de la relación entre las dos fuentes de derechos humanos” mismas que, como lo sostienen Raúl M. Mejía y José Ramón Cossío, constituyen el prelude de las restricciones constitucionales, sostienen los autores por ejemplo que “al citar el texto del artículo 133 de la Constitución, la Segunda Sala afirma que este artículo “implica que las leyes y los tratados internacionales se encuentran en un plano jerárquicamente inferior a la Constitución”. Lo cual se refuerza cuando la Sala apunta que en la reforma de 2011 al artículo 1 del texto constitucional no se modificaron a su vez los artículos 103, 107 y 105 en la parte que permiten someter a control constitucional tanto el derecho interno como los tratados internacionales. La Segunda Sala afirma, en este sentido, que el artículo 1 de la Constitución “categóricamente ordena” que las limitaciones y restricciones al ejercicio de los derechos sólo pueden establecerse en la Constitución y no así en tratados internacionales. Lo cual es acorde con el principio de supremacía constitucional y el principio que, según esta Sala, es reconocido en el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Este entendimiento de la supremacía constitucional lleva a la Segunda Sala a concluir que “se obstaculiza cualquier posibilidad de que las normas internacionales se conviertan en parámetro de validez de la Constitución, a la cual, por el contrario, se encuentran sujetas”. Por su parte la Primera Sala “reconoció expresamente que la reforma al artículo 1º de la Constitución exigía que las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales, debiendo prevalecer aquella que representara una mayor protección a la persona o que implicara una menor restricción”. En Mejía, Raúl M. y Cossío, José R., “Derechos descafeinados”, Nexos, 1, junio, 2013, en: <http://www.nexos.com.mx/?p=15368>, (Documento web), Fecha de consulta 10 de enero de 2015.

constitucional”, ya que a juicio de dicho órgano jurisdiccional “el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma”.

La primera observación que tenemos que hacer a esta tesis, es la carencia de legitimidad epistemológica de la decisión restrictiva de la SCJN antes descrita, pues, sin ninguna buena razón y sin consideración alguna de la naturaleza de su fuente (algo que, dicho sea de paso, resulta irracional determinar en abstracto), el máximo tribunal de la nación determina, en primer lugar, que no hay relación de jerarquía —excepto cuando una norma constitucional prevea una restricción expresa —, y, en segundo lugar, cancela la posibilidad interpretativa de los jueces que recurren a la doctrina para encontrar el sentido correcto de las leyes inaplicables, con lo que, sólo para proteger el ideal chauvinista llamado «supremacía constitucional», el control difuso de la constitucionalidad y/o convencionalidad se desvanece.

Ahora bien, el contenido de la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.) derivada de la Contradicción de Tesis 293/2011 es el siguiente:

“DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico

mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.”⁶⁰⁸

A manera de antecedente debe indicarse que el precedente resuelto por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito dio lugar a las tesis aisladas de rubros “TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE AL NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN”⁶⁰⁹ y “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO”.⁶¹⁰

Por su parte, el criterio sostenido por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en el amparo directo 344/2008 dio origen a la tesis aislada de rubro “DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS

⁶⁰⁸ Tesis P./J. 20/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro 5, tomo 1, abril de 2014, p. 202.

⁶⁰⁹ Texto: “Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial.” Novena Época; Registro: 164509; Instancia: Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito; Tesis Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Localización: Tomo XXXI, Mayo de 2010; Materia(s): Común; Tesis: XI.1o.A.T.45 K; Pág. 2079.

⁶¹⁰ Texto: “Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado mexicano como no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque éste implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen.” Novena Época; Registro: 164611; Instancia: Primer Tribunal colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito; Tesis Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Localización: Tomo XXXI, Mayo de 2010; Materia(s): Común; Tesis: XI.1o.A.T.47 K; Pág. 1932.

INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS”;⁶¹¹ mientras que al resolver el amparo directo 623/2008, dio origen a la tesis aislada “JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”.⁶¹²

Como se observa del contenido de los hasta aquí expuesto, ambos tribunales se pronunciaron respecto a la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la Constitución, siendo que el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito sostuvo que los mismos se ubican debajo de la Constitución, mientras que el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito consideró que están al mismo nivel.⁶¹³

⁶¹¹ Texto: Los artículos 1o., 133, 103, fracción I, y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen respectivamente: que todo individuo gozará de las garantías que ella otorga; que las leyes del Congreso de la Unión, que emanen de ella, y los tratados acordes a la misma, serán la Ley Suprema de toda la Unión; que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; y, las bases, los procedimientos y las formas para la tramitación del juicio de amparo. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ubicó a los tratados internacionales por encima de las leyes federales y por debajo de la Constitución, según la tesis del rubro: "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL." (IUS 192867). De ahí que si en el amparo es posible conocer de actos o leyes violatorios de garantías individuales establecidas constitucionalmente, también pueden analizarse los actos y leyes contrarios a los tratados internacionales suscritos por México, por formar parte de la Ley Suprema de toda la Unión en el nivel que los ubicó la Corte. Por lo tanto, pueden ser invocados al resolver sobre la violación de garantías individuales que involucren la de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por México. Novena Época; Registro: 169108; Instancia: Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito; Tesis Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Localización: Tomo XXVIII, Agosto de 2008; Materia(s): Común; Tesis: I.7o.C.46 K; Pág. 1083.

⁶¹² Texto: Una vez incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión los tratados internacionales suscritos por México, en materia de derechos humanos, y dado el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible invocar la jurisprudencia de dicho tribunal internacional como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos. Novena Época; Registro: 168312; Instancia: Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito; Tesis Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Localización: Tomo XXVIII, Diciembre de 2008; Materia(s): Común; Tesis: I.7o.C.51 K; Pág. 1052.

⁶¹³ Fojas 14 y 15 de la Ejecutoria. Relata el proyecto que el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito sostuvo en el amparo directo 344/2008 que dichos tratados se

Derivado del punto de contradicción, uno de los temas a discutirse en la resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011 es el relativo a la posición jerárquica de los tratados internacionales⁶¹⁴ con respecto a la cual la ejecutoria presenta un intento de cambio en la teoría constitucional que la SCJN había sustentado a lo largo de la Novena Época, tal como se desprende del Considerando Quinto, apartado I. donde se sostiene lo siguiente:

“Para resolver este punto de la presente contradicción, en primer lugar se hará una reconstrucción de los criterios que este Tribunal Pleno ha emitido en torno al tema de la jerarquía de tratados internacionales en el orden jurídico nacional, para posteriormente explicar las razones por las cuales el enfoque tradicional del problema en términos de la “jerarquía de fuentes” es insatisfactorio para resolver la cuestión sometida a consideración de esta Suprema Corte, que tiene que ver más bien con la pregunta de cómo se relacionan las “normas de derechos humanos” contenidas en tratados internacionales con la Constitución. Finalmente, se desarrollará un nuevo enfoque que dé cuenta del contenido de las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación los días seis y diez de junio de dos mil once, en aras de otorgar una mayor y más efectiva tutela a los derechos humanos reconocidos por el artículo 1° constitucional.”

De la transcripción anterior se desprende que: 1) el propio proyecto reconoce que el enfoque utilizado por la propia SCJN en relación con el tema relativo a la jerarquía de los tratados internacionales resulta insatisfactorio para responder a la presunta relativa a como se relacionan las “normas de derechos humanos” contenidas en tratados internacionales con la Constitución; y 2) la

encuentran por encima de las leyes federales y por debajo de la Constitución. Si bien en dicha resolución manifestó compartir la tesis emitida por el Tribunal Pleno de esta Suprema Corte, de rubro “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, sólo lo hizo para utilizar ese criterio como premisa de las consideraciones que posteriormente esgrimió para sustentar su posición en el sentido de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos se ubican jerárquicamente por debajo de la Constitución, tema que no había sido expresamente abordado por esta Suprema Corte.”

⁶¹⁴ En el proyecto original presentado por el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, se proponía lo siguiente en relación con el tema analizado: 1) El catálogo de derechos humanos comprendía tanto los que se encontraban expresamente reconocidos en la Constitución, como aquéllos contemplados en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano; 2) la supremacía constitucional se predicaba de todos los derechos humanos incorporados al ordenamiento mexicano, en tanto formaban parte de un mismo catálogo o conjunto normativo; y, 3) las normas de derechos humanos contenidas en los tratados y en la Constitución no se relacionaban entre sí en términos jerárquicos, por lo que, en caso de que tanto normas constitucionales como normas internacionales se refirieran a un mismo derecho, éstas se articularían de manera que se prefirieran aquéllas cuyo contenido protegiera de manera más favorable a su titular, atendiendo para ello al principio pro persona. Véase Cossío, José Ramón, et. al. “*La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos. Estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011.*”, op. cit., p. 22.

SCJN se propone desarrollar un nuevo enfoque (léase teoría constitucional) que dé cuenta del contenido de la RCDH en aras de otorgar una mayor y más efectiva tutela a los derechos humanos reconocidos por el artículo 1º constitucional.

Previo análisis de los precedentes sustentados por la propia SCJN hasta antes de la RCDH⁶¹⁵ —la propia SCJN reconoce que su doctrina constitucional resulta insuficiente para dar cuenta del nuevo contexto constitucional y, por tanto, resulta necesario adecuarla al nuevo contenido del artículo 1º constitucional,— se ve reforzado en la ejecutoria objeto de análisis cuando a foja 24 de la misma se sostiene lo siguiente:

“Una vez expuesto lo anterior, es pertinente recordar que la presente contradicción de criterios *problematiza* la respuesta que esta Suprema Corte ha dado a la cuestión de la jerarquía de los tratados internacionales, al cuestionar si la misma resulta aplicable a “los tratados de derechos humanos”. Para este Tribunal Pleno, la doctrina jurisprudencial desarrollada en torno a la jerarquía de los tratados internacionales resulta *insatisfactoria* por dos cuestiones: una relacionada con los alcances de los precedentes que sostienen dicha doctrina; y otra vinculada con la necesidad de adoptar un nuevo enfoque para responder el problema aducido, dando cuenta del nuevo contenido del artículo 1º constitucional.”⁶¹⁶

Para efecto del estudio de la Contradicción de Tesis, la ejecutoria nuevamente establece la necesidad de replantear el concepto de supremacía constitucional a fin de dar cuenta de su operatividad a la luz de la RCDH, especialmente en relación con el artículo 1, con motivo del surgimiento de un nuevo parámetro de control de constitucionalidad; para desarrollar dicho replanteamiento, el proyecto se desarrolla siguiendo los siguientes pasos: “(A) un breve análisis de la reforma constitucional antes mencionada para explicar el

⁶¹⁵ En el proyecto se concluye que “en cuanto a los *alcances de los precedentes*, las dos sentencias que dieron origen a las tesis que constituyen el fundamento de la actual jerarquía de los tratados internacionales, *matizaron* los criterios sostenidos en ellas, de tal manera que dichas conclusiones no necesariamente fueran aplicables a los “tratados de derechos humanos”. Al respecto, resulta revelador que en ambas sentencias se contempló la posibilidad de que los derechos humanos de fuente internacional pudieran convertirse incluso en una extensión misma de la Constitución.

sustento normativo del nuevo parámetro de control de regularidad constitucional; **(B)** destacará las principales consideraciones derivadas del expediente varios 912/2010, como precedentes ineludible sobre este tema; y **(C)** determinará los alcances del principio de supremacía constitucional a la luz de las consideraciones precedentes.”

En cuanto al análisis de la RCDH, la SCJN sostiene que “una de las principales aportaciones de la misma es la creación de un conjunto de normas de derechos humanos, cuya fuente puede ser, indistintamente, la Constitución o un tratado internacional”. Dicho conjunto integra el denominada *parámetro de control de regularidad o validez de las normas del ordenamiento jurídico mexicano*.⁶¹⁷

Ahora bien, para justificar la anterior afirmación, tal y como se refleja a en la jurisprudencia P./J. 20/2014, la SCJN realiza una interpretación gramatical, sistemática y originalista⁶¹⁸, cuyas conclusiones se exponen a continuación:

El proyecto comienza realizando una interpretación literal o gramatical⁶¹⁹ del artículo 1º constitucional, a partir del cual extrae las siguientes conclusiones:

- 1) los derechos humanos reconocidos en la Constitución, y en los tratados de los cuales México sea parte, integran un *mismo conjunto o catálogo de derechos*;
- 2) la existencia de dicho catálogo tiene por origen la Constitución misma;
- 3) dicho catálogo debe utilizarse para la interpretación de cualquier norma relativa a los derechos humanos; y

⁶¹⁷ Foja 32 de la Ejecutoria.

⁶¹⁸ Sostiene la SCJN lo siguiente a foja 32 y 33 de la Ejecutoria: “Para justificar esta afirmación, a continuación se desarrollará una interpretación literal de los primeros tres párrafos del artículo 1º constitucional, la cual se complementará con una interpretación sistemática del vigente texto constitucional y con una interpretación que atienda a esclarecer cuál era la intención y finalidad del Poder Reformador al aprobar las citadas reformas.”

⁶¹⁹ “Por interpretación literal o declarativa puede entenderse, *grosso modo*, la interpretación que atribuye a una disposición su significado “literal”, es decir, el más inmediato –el significado *prima facie*, como suele decirse- que se desprende del uso común de las palabras y de las reglas sintácticas.” Véase Guastini, Ricardo, *Estudios sobre interpretación jurídica*, op. cit. p. 26

- 4) las relaciones entre los derechos humanos que integran este conjunto deben resolverse partiendo de la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos —lo que excluye la jerarquía entre unos y otros—, así como del principio *pro persona*, entendido como herramienta armonizadora y dinámica que permite la funcionalidad del catálogo constitucional de derechos humanos.⁶²⁰

Como se observa, la propia interpretación gramatical lleva a la SCJN a considerar que las relaciones entre los derechos humanos de fuente constitucional y convencional no pueden entenderse en términos de jerarquía, sino a través de la aplicación del principio de interpretación *pro persona*, en tanto herramienta armonizadora que permite la funcionalidad del catálogo constitucional de derechos.

Posteriormente, la ejecutoria realiza una interpretación sistemática⁶²¹ en virtud, sostiene la SCJN, de que cada uno de los preceptos contenidos en la Constitución forma parte de un sistema constitucional, al interpretarlos debe

⁶²⁰ Foja 36 de la Ejecutoria.

⁶²¹ “*Grosso modo*, se llama sistemática a toda interpretación que deduzca el significado de una disposición de su colocación en el “sistema” del derecho: unas veces, en el sistema jurídico en su conjunto; más frecuentemente, en un subsistema del sistema jurídico total, es decir, en el conjunto de las disposiciones que disciplinan una determinada materia o una determinada institución. El sistema jurídico y los subsistemas que lo componen se conciben generalmente como conjuntos de normas coherentes (carentes de contradicciones o antinomias) y completas (carentes de lagunas).” Guastini, Ricardo, *Estudios sobre interpretación jurídica*, op. cit. p. 43-44. Esta técnica de interpretación ha sido reconocida por la SCJN tal como se aprecia de la tesis P. XII/2006, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, tomo XXIII, febrero de 2006, p. 25, cuyo rubro y texto son del tenor siguiente: INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. AL FIJAR EL ALCANCE DE UN DETERMINADO PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEBE ATENDERSE A LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN ELLA, ARIBANDO A UNA CONCLUSIÓN CONGRUENTE Y SISTEMÁTICA. En virtud de que cada uno de los preceptos contenidos en la Norma Fundamental forma parte de un sistema constitucional, al interpretarlos debe partirse por reconocer, como principio general, que el sentido que se les atribuya debe ser congruente con lo establecido en las diversas disposiciones constitucionales que integran ese sistema, lo que se justifica por el hecho de que todos ellos se erigen en el parámetro de validez al tenor del cual se desarrolla el orden jurídico nacional, por lo que, de aceptar interpretaciones constitucionales que pudieran dar lugar a contradecir frontalmente lo establecido en otras normas de la propia Constitución, se estaría atribuyendo a la voluntad soberana la intención de provocar grave incertidumbre entre los gobernados al regirse por una Norma Fundamental que es fuente de contradicciones; sin dejar de reconocer que en ésta pueden establecerse excepciones, las cuales deben preverse expresamente y no derivar de una interpretación que desatienda los fines del Constituyente.

partirse de reconocer, como principio general, que el sentido que se les atribuya debe ser congruente con lo establecido en las diversas disposiciones constitucionales que integran ese sistema.⁶²²

La interpretación realizada por la SCJN se desarrolla tomando en consideración los preceptos constitucionales que guardan relación con la ampliación del catálogo de derechos humanos reconocidos en la Constitución y con su inclusión dentro del ámbito protector del juicio de amparo y de la acción de constitucionalidad, específicamente los artículos 15⁶²³, 103 fracción I⁶²⁴ y 105, fracción II, inciso g)⁶²⁵ de la CPEUM.

De la interpretación sistemática de dichos preceptos la SCJN deriva las siguientes conclusiones:

“Esto implica que la *validez material* de un tratado internacional pueda estudiarse adoptando como parámetro de control a los derechos humanos reconocidos en otro tratado internacional. Por consiguiente, resulta evidente que una interpretación sistemática de los artículos reformados conduce a la ineludible conclusión de que existen normas internacionales que, por reconocer derechos

⁶²² Foja 37 de la Ejecutoria.

⁶²³ **Artículo 15.** No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

⁶²⁴ **Artículo 103.** Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:
I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; (...).

⁶²⁵ **Artículo 105.** La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

(...)

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

(...)

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

(...)

humanos, adquieren un papel o rol preponderante dentro de nuestro ordenamiento jurídico, al convertirse en parte integrante del parámetro de control de regularidad conforme al cual se estudia la validez del resto de las normas jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico mexicano. Sólo así puede entenderse que la Constitución permita el control de la regularidad de tratados internacionales con base en normas cuyo origen normativo son otros tratados internacionales.”

Cabe destacar que es precisamente en la parte del proyecto relativo a la interpretación sistemática donde se incorpora el concepto de “restricciones”, tal y como se puede apreciar en la página 37 donde se sostiene lo siguiente:

“Como expresamente se estableció en el artículo 1º constitucional, en México todas las personas son titulares tanto de los derechos humanos reconocidos en la Constitución como de los previstos en los tratados internacionales que sean ratificados por el Estado mexicano, lo que significa que, con motivo de la reforma constitucional, los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales se han integrado expresamente a nuestro ordenamiento jurídico interno, para *ampliar el catálogo constitucional* de derechos humanos, en el entendido de que, derivado de la parte final del primer párrafo del propio artículo 1º constitucional, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.”

Como se observa, es en ésta parte de la Ejecutoria donde la SCJN introduce el término restricción como un concepto derivado de la parte final del párrafo primero del artículo 1º constitucional, el cual establece que el ejercicio de los derechos humanos “no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.”

Esta interpretación del artículo 1º constitucional fue propuesta por los Ministros Pardo Rebolledo y Franco González Salas en sesiones de 12 y 13 de marzo de 2012⁶²⁶ respectivamente, cada uno de los cuales sostuvo que de dicha

⁶²⁶ Debe recordarse que si bien la Contradicción de Tesis 293/2011 fue resuelta en forma definitiva el 3 de septiembre de 2013, dicha contradicción fue discutida por primera vez el día 12 de marzo de 2012, “la discusión inicial de la contradicción se centró en la eliminación del concepto de “bloque de constitucionalidad”, ya que la mayoría de los ministros no lo compartían y el ministro ponente aceptó su modificación”; en la sesión del 13 de marzo de 2012 se expresaron intenciones de voto sobre el primero de los temas, en donde se presentó un empate de cinco votos, posponiéndose la votación del mismo a la siguiente sesión ya que el ministro Pardo se encontraba ausente en razón de una comisión oficial”. El día 15 de marzo de 2012 el proyecto fue retirado por el ministro Zaldívar “para presentar una propuesta más clara a partir de los ajustes terminológicos propuestos con el fin de obtener un mayor consenso e intentar “englobar” las propuestas de los ministros Pardo y Franco.” Cossío, José Ramón, et. al. “*La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos. Estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011.*”, op. cit., pp. 19-20. El

porción normativa deriva la prevalencia de las restricciones constitucionales sobre los derechos humanos de fuente internacional.

En primer lugar, el ministro Pardo Rebolledo sostuvo lo siguiente en la sesión del 12 de marzo de 2012:

“Creo que esas implicaciones son las importantes y también yo quisiera hacer referencia a un aspecto que mencioné cuando se resolvió en este Tribunal Pleno el asunto que se comentaba de la Ley Contra las Adicciones del Estado de Yucatán. En ese asunto, yo hacía referencia a lo que establece el propio artículo 1º, a continuación del reconocimiento de los derechos, tanto en la Constitución, como en los tratados internacionales, dice también: —Cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Y yo hacía referencia en ese momento a que reconociendo el ámbito ampliado de derechos humanos en nuestra Constitución, tanto en Constitución como en tratados internacionales, esta disposición, ésta que acabo de leer: Cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece, parece someter a todo ese conjunto de derechos, a toda esa enredadera o amalgama que señalaba el Ministro Zaldívar, a las restricciones que establece la propia Constitución.

“Así es que, yo quiero desde este momento hacer una salvedad en mi criterio por lo que hace a esta parte del artículo 1º, a mí me parece que las restricciones sí son las que establece la Constitución por disposición expresa del artículo 1º, en ese caso se sostuvo una postura distinta, pero yo aquí reiteraría mi opinión en ese sentido, no tengo problema para reconocer que los derechos humanos de los tratados internacionales y de la Constitución están al mismo nivel, no tengo ningún problema en reconocer ese punto, lo afirmo y lo acepto.

“Pero todo ese conjunto de derechos, tanto constitucionales como convencionales, que ahora todos están a nivel constitucional, por disposición propia del artículo 1º están sujetos a las restricciones que marca la Constitución, y esto, desde mi punto de vista, es acorde con el texto del artículo 133 constitucional, que no fue reformado en la reforma a la que ya hicimos referencia

ministro ponente sostuvo lo siguiente en la sesión del 15 de marzo de 2012: “A pesar de que los Ministros que votaron a favor de la propuesta, amablemente habían autorizado que en el engrose se hicieran algunos ajustes terminológicos, por la trascendencia del tema preferiría presentar una propuesta en blanco y negro que pudiera ser analizada con todo detalle; y adicionalmente, me parece que las posturas de los Ministros Franco González y Pardo Rebolledo, probablemente pudieran ser incluidas en una propuesta alterna que no desvirtúe la esencia del proyecto que se presentó, y en la idea de construir una opinión con el mayor consenso posible en este Tribunal Pleno, quiero pedir autorización para retirar el proyecto, y que se me permita presentar una nueva propuesta con los ajustes terminológicos que habían sido sugeridos por las señoras y señores Ministros, y también tratando de buscar una propuesta que pudiera englobar las posturas de los Ministros Pardo y Franco.” Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 15 de marzo de 2012, en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-11-04/pl201200315v2_0.pdf, (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2014)

del año pasado, donde dice: —Que los tratados internacionales deben ser conformes a la Constitución”.⁶²⁷

La postura se ve reiterada en la sesión del 26 de agosto de 2013 cuando el mismo ministro Pardo sostiene lo siguiente en relación con el tema de las restricciones constitucionales:

“En esa medida a mí me parece que hay varias maneras en que puedan relacionarse una norma constitucional y una norma de fuente internacional. Si la norma constitucional reconoce un derecho humano, pero no le marca ninguna restricción a su ejercicio, a mí me parece que es adecuado que si hay una norma de fuente internacional que establece una protección más amplia, sea la norma de fuente internacional la que se aplique en beneficio de la persona o el individuo determinado.

“Todos sabemos en teoría constitucional que los derechos reconocidos en la Constitución son mínimos de protección frente al Estado, y en esa medida, alguna norma que pueda complementarla o que pueda ampliar esa protección, no puede resultar contraria a la Constitución.

“Pero mi preocupación se da cuando la norma constitucional mexicana establece una restricción al ejercicio de un derecho humano, porque en términos de esta última parte del primer párrafo del artículo 1º, esa restricción que establece la Constitución, es aplicable tanto a las normas constitucionales como a las normas de fuente internacional. Y en esa medida me parece que en esta última parte del primer párrafo vemos reflejado el principio de supremacía constitucional que trae también implícito el de jerarquía normativa.”⁶²⁸

Como se observa, es dicho ministro quien, aun reconociendo que los derechos humanos de los tratados internacionales y la Constitución se encuentran al mismo nivel, interpreta el artículo 1º constitucional en el sentido de que los derechos humanos, tanto de fuente constitucional como de fuente convencional, se encuentran sometidos a las restricciones que establece la propia Constitución.

Por su parte, el ministro Franco, en la sesión del 13 de marzo de 2012, sostiene lo siguiente en su participación:

⁶²⁷ Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 12 de marzo de 2012, en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-11-04/12032012POsinombres_0.pdf, (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2014).

⁶²⁸ Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 26 de agosto de 2013, en: http://207.249.17.176/PLENO/ver_taquigraficas/26082013PO.pdf (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2014)

“Se introdujo el concepto de derechos humanos, se retomó y se estableció que son reconocidos, esto tiene un cambio medular desde el punto de vista de la concepción de los derechos humanos —y en los tratados internacionales— también esta fue la parte medular— de los que el Estado Mexicano sea parte así, como de las garantías para su protección —no voy a detenerme en las diferencias— cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Yo he sostenido siempre que esto nos obliga como jueces constitucionales a hacer el análisis de este aspecto cuando la Constitución en su texto expreso establece: una restricción o una suspensión a cualquier derecho humano en el sentido amplio.”⁶²⁹

El mismo ministro Franco, en la sesión de 29 de agosto de 2013 sostuvo lo siguiente en relación con las restricciones constitucionales:

“Lo anterior, dado que yo estimo que el Constituyente —aquí yo estaría de acuerdo con muchas de las consideraciones de la señora Ministra Luna, respecto de la característica de norma fundante de todo el orden jurídico nacional que tiene la Constitución—, al realizar la trascendente reforma en materia de derechos humanos, promulgada y publicada en junio de dos mil once, dejó, —según indica una buena técnica legislativa en el párrafo inicial del artículo 1° de la Constitución— el marco general que rige al nuevo sistema de protección de los derechos humanos, pero que estableció en su parte final una situación de excepción. Aunque sé que ese párrafo ha sido muchas veces invocado y leído aquí, lo tengo que leer de nueva cuenta a efecto de ilustrar en este momento la exposición. Artículo 1°, primer párrafo: —En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección —ésta es la parte importante de la excepción—, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

“Del texto leído, es claro que el Constituyente mantuvo, dado que se encontraba ya en el texto anterior un ámbito de excepción para el ejercicio, lo que a mi entender implica también el goce de ciertas personas identificadas o identificables de los derechos humanos, en aquellos casos y bajo las condiciones que la propia Ley Fundamental establece.

“Si se reconoce la supremacía constitucional, y como lo dijeron varios señores Ministros, la jerarquía establecida en el artículo 133, por no haber sufrido reforma alguna ese precepto, por lógica jurídica, si la Constitución establece excepciones, éstas deben ser consideradas y aplicadas por cualquier operador jurídico, con mayor razón por el juez constitucional que como en México está obligado en el ejercicio de su función a cumplir y hacer cumplir la Constitución.

“Por supuesto, aclaro, en mi opinión es válido para el juez constitucional argumentar y definir ante una interpretación sistemático-funcional, como la que se

⁶²⁹ Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 13 de marzo de 2012, en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-11-04/13032012PO_0.pdf, (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2014)

debe hacer siempre respecto de normas en materia de derechos humanos que forman un sistema, máxime cuando se trata de la Constitución, cuál es el alcance que se debe de dar a las restricciones, excepciones o límites de la manera que resulte más favorable a la persona, pero en caso alguno, en mi opinión, se puede vaciar de contenido una salvedad, excepción, restricción o límites precisamente establecidos en la Constitución; de otra manera estimo que el operador jurídico sea juez constitucional del máximo nivel o en cualquier nivel, estaría sustituyéndose al Constituyente o Poder revisor de la Constitución, lo cual desde mi óptica no debe ser.”

Esta intervención del ministro Franco resulta de la mayor relevancia para la presente investigación, ya que a partir del entendimiento del principio de supremacía constitucional (compartido por varios de los ministros) se desprende que el juez constitucional se encuentra obligado a aplicar las restricciones constitucionales, aún en aquellos casos en que exista un derecho humano de fuente internacional que permita una protección más amplia, lo que como veremos más adelante, es precisamente lo que obstaculiza el «diálogo jurisprudencial». Esto por un lado, y por otro, el mandato constitucional de interpretar la Constitución y las leyes en sentido *pro persona*, se cancela.

Una interpretación contraria a la parte final del artículo 1º constitucional es la expuesta por José Ramón Cossío quien sostiene que dicha porción normativa también debe interpretarse en términos del principio *pro persona* previsto en el citado precepto constitucional; a este respecto el autor sostiene lo siguiente:

“Cuando la Constitución dispone en el primer párrafo del artículo 1º que el ejercicio de los derechos humanos “no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”, ello también debe entenderse bajo la clave interpretativa del principio *pro persona*. Por lo mismo debe referirse única y exclusivamente a las condiciones establecidas en varios párrafos del artículo 29 de la Constitución. Estas son expresiones técnicas y específicas que deben utilizarse sólo en estos casos, sin extenderse a cualquier restricción que pudiera entenderse contiene la Constitución. Las últimas reformas a los artículos 1º y 29 tienen la misma génesis, por lo que no deben ser interpretadas con orientaciones diversas.”⁶³⁰.

⁶³⁰ Cossío, José Ramón, *Bosquejos Constitucionales II*, op. cit., p.17. En su participación en la discusión, esencialmente, sostuvo lo siguiente en relación con la interpretación del primer párrafo del artículo 1º constitucional: “Yo creo, en primer lugar, que el artículo 1º lo tenemos que entender también en la interpretación *pro persona* y la expresión —restringirse o suspenderse— lo decía el Ministro Gutiérrez el martes de esta semana— está única y exclusivamente contenida en el artículo 29, en varios párrafos, en el primero, en dos ocasiones: —podrá restringirse o suspenderse, segundo: —Si la restricción o suspensión, tercero: —En los Decretos que se

En este punto cabe destacar que, no obstante que en la sesión del día 15 de marzo de 2012 el ministro Zaldívar ofreció retirar la propuesta a fin de “englobar” la posición de los ministros Pardo y Franco, en la nueva propuesta presentada el día 26 de agosto de 2013 no se contenía su posición sobre el tema de las restricciones, por lo que no es hasta el 2 de septiembre de 2013 que el ministro ponente presenta el agregado de las restricciones constitucionales.⁶³¹

Finalmente, la ejecutoria procede al análisis originalista⁶³², es decir a

expidan, no podrán restringirse ni suspenderse. Yo creo que hay una expresión técnica, expresa y específica, para que la expresión —restringirse o suspenderse se utilice sólo en esos casos. La reforma al artículo 1º y la reforma al artículo 29, tienen la misma génesis, las dos se llevaron a cabo en el mismo proceso legislativo y las dos resultan de esta misma condición; consecuentemente, me parece que ahí debíamos también generar esta interpretación favorable hacia este mismo caso. ¿Por qué creo que no se da una jerarquía por la expresión —restringirse ni suspenderse? Porque lo que se tiene que armonizar a partir del principio pro persona, son derechos que ya entraron a nuestro orden jurídico y que no tienen una condición jerárquica. Exactamente están en la misma posibilidad y hay un mandato expreso —si lo podemos llamar así— para llevar a cabo una interpretación más favorable a la persona y no cualquier interpretación favorable, sino una interpretación con reglas operativas específicas que están señaladas en el párrafo tercero: universalidad, no regresividad, etcétera, etcétera, etcétera; entonces, ahí está puesto este sistema.”

⁶³¹ Cossío, José Ramón, *et. al.* “La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos. Estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011.”, *op. cit.*, pp. 19-20. En la sesión del 26 de agosto de 2013 el ministro ponente sostiene lo siguiente: “Debo también manifestar que el proyecto no se pronuncia sobre el eventual conflicto que pudiera darse entre un derecho humano constitucionalizado y una restricción o limitación que esté en el propio texto constitucional, porque creemos que esto no es materia de la contradicción y que válidamente se puede votar por la jerarquía constitucional de los derechos humanos de fuente internacional, salvando el criterio sobre cómo funcionan las restricciones dependiendo de la opinión que cada uno de nosotros tengamos sobre el particular.” Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 26 de agosto de 2013, en: http://207.249.17.176/PLENO/ver_taquigraficas/26082013PO.pdf (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2014)

⁶³² “...el argumento que apela a la voluntad, a la intención o a los objetivos del legislador requiere un análisis independiente. Dicho argumento presenta, en efecto, dos variantes notables. a) En una primera variante del argumento, la intención del legislador se identifica con la voluntad del legislador histórico, “de carne y hueso”, por así decirlo; esto es, con la voluntad de los hombres que históricamente participaron activamente en la redacción y aprobación del documento normativo de que se trate. La averiguación de la voluntad del legislador no puede valerse más que de los llamados “trabajos preparatorios” (por ejemplo, de los actos parlamentarios). Esta técnica de interpretación ha sido reconocida por la SCJN tal como se aprecia de la tesis P. XXVIII/98, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tomo VII, abril de 1998, p. 117, cuyo rubro y texto son del tenor siguiente: INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER REVISOR. El propio artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos autoriza, frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, utilizar mecanismos de interpretación jurídica. Al desentrañar el

deducir la intención y finalidad del Poder Reformador al aprobar las citadas reformas, para lo cual analiza los dictámenes de las Comisiones de la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, “en tanto expresiones de la voluntad del Poder Reformador de la Constitución”.⁶³³ Las conclusiones a las que arriba la SCJN a partir de lo anterior son las siguientes:

“...de un análisis del procedimiento legislativo se desprenden las siguientes conclusiones en relación con la intención y finalidad del Constituyente al aprobar las reformas en comento: **(i)** se buscaba que los derechos humanos, independientemente de que su fuente sea la Constitución o los tratados internacionales, conformaran un solo catálogo de *rango constitucional*; **(ii)** se pretendió que el conjunto de los derechos humanos vincule a los órganos jurisdiccionales a interpretar no sólo las propias normas sobre la materia, sino toda norma o acto de autoridad dentro del ordenamiento jurídico mexicano, erigiéndose como *parámetro de control de regularidad constitucional*; y **(iii)** se sostuvo que no sólo las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos constituyen ese parámetro de regularidad constitucional, sino *toda norma de derechos humanos*, independientemente de que su fuente sea la Constitución, un tratado internacional de derechos humanos o un tratado internacional que aunque no se repunte de derecho humanos proteja algún derecho de esta clase.”

Realizado lo anterior, la SCJN procede al estudio del “Caso Radilla”, del cual se desprende, sostiene la ejecutoria, que: “el parámetro de análisis de este tipo de control [constitucional y convencional] que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra” por los siguientes parámetros: **1)** los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte; **2)** la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación; **3)** los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de dicho tribunal internacional.⁶³⁴

sentido y alcance de un mandato constitucional deben privilegiarse aquellos que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por el Constituyente o el Poder Revisor. Así, el método genético-teleológico permite, al analizar la exposición de motivos de determinada iniciativa de reforma constitucional, los dictámenes de las Comisiones del Congreso de la Unión y el propio debate, descubrir las causas que generaron determinada enmienda al Código Político, así como la finalidad de su inclusión, lo que constituye un método que puede utilizarse al analizar un artículo de la Constitución, ya que en ella se cristalizan los más altos principios y valores de la vida democrática y republicana reconocidos en nuestro sistema jurídico.

⁶³³ Foja 41 de la Ejecutoria.

⁶³⁴ Foja 46 de la Ejecutoria.

La misma ejecutoria sostiene que en el Expediente Varios 912/2010 se concluyó que los jueces nacionales “deben inicialmente observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger”⁶³⁵

De lo anterior, la ejecutoria concluye que el Caso Radilla, resuelto en forma posterior a la RCDH, está en la línea de la interpretación gramatical, sistemática y originalista desarrollada en el propio proyecto, sin embargo, desde nuestra perspectiva, dicha afirmación no puede sostenerse en tanto que en el Caso Radilla en ningún momento se sostuvo la supremacía de las restricciones constitucionales con respecto a los derechos humanos.

Finalmente, la SCJN expone su teoría constitucional al desarrollar su entendimiento del principio de supremacía constitucional en los siguientes términos:

“Así, la trascendencia del cambio de paradigma constitucional antes descrito conlleva la necesidad de replantear parcialmente el principio de supremacía constitucional, con base en los nuevos enfoques introducidos por las reformas constitucionales de junio de dos mil once. En efecto, tradicionalmente se ha entendido que el principio de supremacía constitucional comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico mexicano, lo que a su vez implica, entre otras cosas, que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes a la misma, tanto en un sentido formal como material.

“Si bien este entendimiento no ha cambiado, lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Esta transformación se explica por la *ampliación* del catálogo de derechos humanos previsto dentro de nuestra Constitución, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, para este

⁶³⁵ Fojas 46 y 47 de la Ejecutoria.

Tribunal Pleno *defender los derechos humanos es defender la propia Constitución.*

“Como se ha expuesto anteriormente, el catálogo de derechos humanos comprende tanto los que se encuentran expresamente reconocidos en la Constitución como aquéllos contemplados en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano. En este orden de ideas, la supremacía constitucional se predica de *todos los derechos humanos* incorporados al ordenamiento mexicano, en tanto forman parte de un mismo catálogo o conjunto normativo. Esta conclusión se refuerza con el mandato expreso del Poder Reformador de permitir que los derechos humanos de fuente internacional puedan ser empleados como parámetro de validez del resto de las normas jurídicas del ordenamiento jurídico mexicano, dentro de las cuales se incluyeron expresamente los propios instrumentos internacionales.”⁶³⁶

Como se observa, nuevamente el Pleno de la SCJN reconoce la existencia de un nuevo paradigma constitucional que exige la necesidad de replantear el principio de supremacía constitucional, el cual actualmente se predica de todos los derechos humanos independientemente de su fuente; sin embargo, el supuesto cambio en la postura de la SCJN la encontramos a fojas 52 y 53 de la Ejecutoria, donde esencialmente se sostiene lo siguiente:

“Recapitulando lo dicho hasta ahora, es importante reiterar que las relaciones entre los derechos humanos que integran el nuevo parámetro de control de regularidad deben desarrollarse en forma armónica, sin introducir criterios de jerarquía entre las mismas. Este criterio se refuerza con la interpretación literal, sistemática y originalista de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, las cuales fueron contundentes en cuanto a la necesidad de comprender a las normas que integran el catálogo de derechos humanos como un conjunto homogéneo que opera como un parámetro de regularidad del resto de las normas y actos jurídicos.

“Ahora bien, como ya se señaló, derivado de la parte final del primer párrafo del artículo 1º constitucional, el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación entiende que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.”

En contra de este punto se manifestó el ministro José Ramón Cossío, quien fue el único que no compartió el sentido del proyecto y que a su juicio existía una clara contradicción en la resolución tomada por el Pleno de la SCJN; dicho ministro expresó su voto en los siguientes términos:

⁶³⁶ Fojas 47 y 48 de la Ejecutoria.

“Las razones que me llevan a estar en contra del proyecto son básicamente dos: En primer lugar, y lo digo con el mayor respeto, porque si no, no me voy a explicar, pero tengo que explicarlo así. Me parece que sí hay una contradicción lógica en la tesis que se nos propone, y ¿por qué razón? Porque se nos dice que independientemente de la fuente, no se relaciona en términos jerárquicos, se está refiriendo a los derechos de fuente constitucional y a los derechos de fuente convencional; entendiendo que cuando en la Constitución hay una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.

“Yo me hago una pregunta sumamente simple para mí. ¿Por qué razón? y ésta es la pregunta, ¿deberá estarse a lo que indica la norma constitucional cuando ésta prevea una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos? ¿Cuál es el criterio a partir del cual se da esa prevalencia? ¿No es el de la norma posterior? ¿No es el de la norma especial? Me parece que la única solución normativa que se está implicando ahí es la norma de jerarquía, y en ese sentido, me parece que —insisto— hay aquí una contradicción; si hubiera otro criterio plausible de diferenciación, está, pero la pregunta que no está respondida en el proyecto es: Muy bien, vamos a darle superioridad, supremacía. Cualquier otra posición, condición, vamos a darle una posición final al derecho constitucional frente al derecho convencional, y la pregunta que está sin responderse es: Muy bien, y con base en qué se realiza esta primera condición. Ahí me parece que hay un problema importante.”⁶³⁷

Como se observa, a entender del ministro Cossío, la solución acordada constituye una regresión en relación con la RCDH y lo resuelto en el “Caso Radilla”, ya que se coloca a las restricciones constitucionales por encima de los derechos que limitan y, por consiguiente, sobre las interpretaciones de las cortes internacionales que pudieran ampliarlos⁶³⁸, como lo sería el caso de la CoIDH respecto a la CADH.

Ahora bien, una vez expuesto el contenido de la ejecutoria recaída a la contradicción de tesis 293/2011 y la jurisprudencia que deriva de la misma,

⁶³⁷ Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 2 de septiembre de 2013, en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquiograficas/documento/2016-11-07/02092013PO_0.pdf (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2014). En respuesta a los argumentos del ministro Cossío, en la sesión del 3 de septiembre de 2013 manifestó lo siguiente: “Primero, se dijo que la propuesta modificada era contradictoria, que establecer el rango constitucional de los derechos humanos y después prever que en caso de un límite constitucional se estará al límite constitucional expreso, era contradictorio. Me parece que no es así, no hay ninguna contradicción, se puede válidamente sostener el rango constitucional de los derechos y establecer que se estará a los límites constitucionales o se puede sostener el rango constitucional de los derechos y establecer la ponderación de valores y de principios o se puede establecer el rango constitucional de los derechos y que siempre tendrán que interpretarse las limitaciones en un sentido proteccionista y garantista.”

⁶³⁸ Medina Mora, Alejandra, et. al. *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2015, p. 81

procederemos a exponer algunas de las opiniones que se han emitido en relación con la misma para posteriormente dar a conocer nuestra postura y las implicaciones que desde nuestra perspectiva tiene la teoría constitucional de la SCJN, plasmada en la resolución a la multicitada contradicción de tesis y sus implicaciones en el «diálogo jurisprudencial» en México.

El criterio sustentado por la SCJN ha sido resumido por Fernando Silva García en los siguientes términos:

- 1) Los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales adoptados por el Estado mexicano conforman el parámetro de validez de toda la actuación pública.
- 2) Los posibles conflictos y antinomias entre derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales adoptados por el Estado mexicano deben resolverse de acuerdo con el principio de la norma más favorable a la persona humana (*principio pro homine*) y no en términos jerárquicos; con una excepción; cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.⁶³⁹

Un sector de la doctrina ha sido favorable a lo resuelto en la contradicción de tesis objeto de análisis al señalar que la SCJN abandonó el criterio de jerarquía en la relación entre derechos humanos de fuente constitucional y derechos humanos de fuente internacional. Tal es el caso de Miguel Carbonell

⁶³⁹ Silva García, Fernando, “Derechos humanos y restricciones constitucionales: ¿Reforma constitucional del futuro vs. Interpretación constitucional del pasado? (Comentario a la C.T. 293/2011 del Pleno de la SCJN)”, en Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 30, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, enero-junio de 2014, p. 257-259. El autor sostiene que respecto a estos dos puntos “José Ramón Cossío votó en contra y estimó que la decisión resultaba contradictoria, ya que, por un lado, se reconoce que los derechos de fuente nacional e internacional forman parte de la Constitución y constituyen el parámetro de validez de la actuación pública, de manera que para los conflictos y antinomias entre derechos humanos debe descartarse la regla de jerarquía y resolverse en términos del principio *pro homine*; empero, tratándose de las llamadas *restricciones constitucionales expresas* a los derechos humanos se vuelve a acudir a las reglas de jerarquía, pues se obliga al operador jurídico a aplicar las normas constitucionales de producción nacional, y se deja de lado el principio *pro homine* a esos efectos.”

quien, con relación a la contradicción de tesis 293/2011, ha señalado lo siguiente:

“En ella se señalan dos cosas de la mayor relevancia: que en México las personas tenemos los derechos que nos reconoce la Constitución y los que están previstos en los tratados internacionales, pero además se establece que entre esas dos “fuentes” de los derechos no hay una relación de jerarquía, sino que entre ambas constituyen una especie de “bloque de regularidad constitucional” dentro del cual los jueces podrán tomar la norma que resulte más protectora al momento de resolver un caso concreto

“En otras palabras, la Corte deja atrás un viejo concepto con el que nos formamos la mayor parte de los abogados mexicanos: el de jerarquía normativa. A partir de la citada sentencia de la Corte esa jerarquía no existe entre la Constitución y los tratados internacionales”.⁶⁴⁰

En relación con la interpretación de las restricciones constitucionales, Rafael Coello Cetina ha sostenido que el párrafo primero del artículo 1º constitucional precisa claramente que las únicas restricciones al ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la CPEUM y en los tratados internacionales serán las previstas en la propia Constitución, lo anterior atendiendo a su mayor jerarquía.⁶⁴¹

Otros autores, por su parte, han tomado una postura intermedia al señalar que si bien es cierto que todo el derecho nacional debe respetar la CADH, “sin distinción alguna basada en el tipo de fuente interna ni de su jerarquía nacional (reglamentaria, legal, constitucional)”, también es verdad que “no todas las restricciones constitucionales expresas son, en automático, contrarias a la CADH”. El autor Fernando Silva García señala las siguientes restricciones: 1) restricciones constitucionales expresas comprendidas dentro del margen de apreciación de los Estados miembros; 2) restricciones constitucionales expresas

⁶⁴⁰ Carbonell, Miguel., “¿Constitución o tratados internacionales?”, El Universal, 24 de febrero de 2014, en: <http://www.eluniversalmas.com.mx/editoriales/2014/02/68828.php>, (Documento web), Fecha de consulta 10 de enero de 2015. Otros autores sostienen que con las modificaciones al proyecto se ganó lo principal y se perdió lo accesorio ya que se evitó la derrota que se avistaba en el horizonte cuando cuatro ministros y una ministra conservadores habían anunciado su voto en contra del proyecto original y el ministro Franco parecía inclinarse en la misma dirección.” Medina Mora, Alejandra, et. al. *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, op. cit., p. 88

⁶⁴¹ Coello Cetina, Rafael, “El control jurisdiccional del control difuso” *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2012, Núm. 18, Julio-Diciembre, p. 81.

equivalentes a las restricciones convencionales;⁶⁴² y 3) restricciones constitucionales expresas que respetan los principios de legalidad.⁶⁴³

⁶⁴² Con respecto a este tipo de restricciones la Segunda Sala de la SCJN emitió la tesis 2a. CXXVIII/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 24, tomo II, noviembre de 2015, p. 1299, cuyo rubro y texto son los siguientes: RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. ADICIONALMENTE A QUE SE TRATEN DE UNA MANIFESTACIÓN EXPRESA DEL CONSTITUYENTE MEXICANO QUE IMPIDE SU ULTERIOR PONDERACIÓN CON OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, TAMBIÉN SE ENCUENTRAN JUSTIFICADAS EN EL TEXTO DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Conforme a lo resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011 (*), las restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos y libertades prevalecen sobre la norma convencional, sin dar lugar a emprender algún juicio de ponderación posterior; razonamiento que generó, a su vez, que esta Segunda Sala emitiera el criterio jurisprudencial número 2a./J. 119/2014 (10a.) (**), relativo a que son inoperantes aquellos agravios en los cuales se pretenda desconocer el texto de la Ley Fundamental cuando se esté en presencia de una disposición que contenga una restricción, prohibición, limitación o excepción constitucional. Ahora bien, adicional a ello, de lo previsto en los numerales 30 y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se desprende que los Estados Parte han dispuesto que las restricciones convencionalmente permitidas, son aquellas que por razones de interés general se dictaran en las leyes domésticas, con el propósito para el cual han sido establecidas, además de resultar ineludibles por razones de seguridad y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. En este sentido, las restricciones constitucionales encuentran sustento también en el propio texto del instrumento internacional en cita, pues se tratan de una manifestación soberana del Constituyente Originario o del Poder Revisor de la Norma Fundamental, en el que se incorporan expresamente este tipo de finalidades en la Constitución General.

⁶⁴³ Silva García, Fernando, "Derechos humanos y restricciones constitucionales: ¿Reforma constitucional del futuro vs. Interpretación constitucional del pasado? (Comentario a la C.T. 293/2011 del Pleno de la SCJN)", en Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, *op. cit.*, p. 264-265. El autor establece algunos ejemplos de casos en que las restricciones constitucionales expresas no generan conflictos con las normas convencionales. Por lo que respecta a la primera de ellas 1) *Restricciones constitucionales expresas comprendidas dentro del margen de apreciación de los Estados miembros*: Hay restricciones constitucionales expresas que quedarían comprendidas dentro del margen de apreciación de los Estados miembros en los casos en que su idiosincrasia cultural, política, social o económica así los justificara. Por ejemplo, aquella restricción constitucional establecida –antes de su reforma– frente al derecho a ser votado de los ciudadanos en México, consistente en que solamente podrían participar en las elecciones presidenciales a través de partidos políticos (y no mediante candidaturas independientes), fue declarada válida a la luz de la CADH en el caso Castañeda. 2) *Restricciones constitucionales expresas equivalentes a las restricciones convencionales*: Por ejemplo, tanto la SCJN como la Corte IDH han reconocido que la función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional. El derecho a la propiedad no es un derecho absoluto, pues en el artículo 21.2 de la Convención se establece que para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad, debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, así como sujetarse al pago de una justa indemnización. 3) *Restricciones constitucionales expresas que respetan los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad jurídica*: Por ejemplo, en forma similar a lo dispuesto en el artículo 11 de la Constitución mexicana, la Corte

A partir de lo anterior y al cuestionarse sobre si resulta inconveniente la resolución dictada por la SCJN en la contradicción de tesis 293/2011, el autor señala que no necesariamente la CoIDH la declararía inconveniente ya que algunas *restricciones constitucionales expresas* podrían tener cabida en los parámetros de validez de la CADH; en este sentido, a juicio de Fernando Silva García, la CoIDH podría actuar en el siguiente sentido:

“En ese sentido, la Corte IDH tal vez podría validar una modulación del control de convencionalidad tratándose de normas constitucionales, aunque podría igualmente imponer condiciones adicionales (a propósito de ese diálogo), como podría ser la autorización del control judicial ante una eventual restricción constitucional expresa absoluta (irrespetuosa de los estándares de proporcionalidad), o bien ante una restricción constitucional expresa que pese sobre la integridad personal de los individuos, habida cuenta que ha establecido en su jurisprudencia que existen derechos humanos que no están sujetos a restricción alguna, es decir, que existe una prohibición de tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”⁶⁴⁴

Desde nuestra perspectiva, el Pleno de la SCJN no se apartó del criterio tradicional de jerarquía normativa que supuestamente resultaba insuficiente en el nuevo paradigma constitucional, sino que lo confirma cuando sostiene que una restricción constitucional prevalecerá siempre sobre un derecho convencional, sin posibilidad de ponderación por parte del juzgador, esto es explicado por José Ramón Cossío en los siguientes términos:

“Si el resultado es siempre la prevalencia de las restricciones, independientemente de la vía o mecanismos utilizados, no puede afirmarse que exista una integración real de los derechos de dos fuentes en un mismo nivel o en un mismo orden normativo, en este caso el constitucional. Esta integración debe ser directa y no dependen de un proceso de aplicación particular o un caso concreto, el caso concreto da la oportunidad procesal al operador para generar el parámetro, pero no lo confunde con el proceso de aplicación del mismo. Este es el

IDH ha establecido que el derecho de circulación y de residencia, incluido el derecho a salir del país, puede ser objeto de restricciones de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22.3 y 30 de la Convención. Sin embargo, es necesario que dichas restricciones se encuentren expresamente fijadas por ley, y que estén destinadas a prevenir infracciones penales o a proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden público, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás, en la medida indispensable en una sociedad democrática.”

⁶⁴⁴ Ibid. p. 266. Partiendo de una distinción entre restricciones constitucionales determinadas y restricciones constitucionales indeterminadas, éstas últimas susceptibles de ser interpretadas, Rubén Sánchez Gil sostiene que lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011 no tiene que ser una catástrofe para los derechos fundamentales o para el principio *pro persona*. Sánchez Gil, Rubén, “El principio *pro persona* y la contradicción de tesis 293/2011” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., p. 250.

resultado de la reforma al artículo 1º de la constitución: la incorporación de los derechos de ambas fuentes y la formación de los derechos mediante el principio pro persona. Cualquier otro mecanismo: jerarquía, deferencia, o la propia ponderación caso por caso, no alcanzan el objetivo de esta reforma y todos dependen, en último término, de la imposibilidad de abandonar la idea de la relación jerárquica entre fuentes previa a la reforma, independientemente de la denominación que se le dé a la vía o mecanismo que se utilice.”⁶⁴⁵

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, las implicaciones en el «diálogo jurisprudencial» de lo resuelto en los puntos antes señalados expresan una relevancia negativa ya que, aun y cuando pretende adecuarse al nuevo contexto constitucional en materia de derechos humanos, lo que en realidad se hace es desobedecer un mandato constitucional. Esto se aprecia de manera clara en los criterios jurisprudenciales que le sucedieron a la tesis de la SCJN antes transcrita, los cuales más adelante reproducimos para que se contraste con nuestro punto de vista.

Desde la perspectiva de la hermenéutica filosófica, se puede sostener que en este caso estamos ante una «sobre-interpretación», es decir, que la

⁶⁴⁵ Cossío, José Ramón, et. al. “*La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos. Estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011.*”, *op. cit.*, pp. 37-38. Sostiene el mismo José Ramón Cossío que “con la reforma de 2011, el Constituyente, como órgano democráticamente legítimo, generó una solución novedosa que puede no gustar a muchas personas. No obstante, al asumir el cargo de Ministro de la Suprema Corte protesté guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen. Es por ello que independientemente de la posición que se tenga con respecto a la idea “derechos humanos”, en la Constitución se les ha otorgado un estatus específico que debe ser cabalmente garantizado. Lo dispuesto en ella nos conduce a maximizar la interpretación conjunta de los derechos humanos de fuente constitucional y convencional en aras de otorgarle la mayor protección posible a las personas. Desde el momento en que se dice que ello será así, “salvo” cuando exista una restricción constitucional expresa, se está desconociendo lo dispuesto por el propio texto constitucional en razón del desplazamiento que se hace de los derechos de fuente convencional frente a lo dispuesto, no como derecho, sino como restricción, por la Constitución nacional”. Véase Cossío, José Ramón, *Bosquejos Constitucionales II*, *op. cit.*, p.47. Para Jorge Rivero Evia “...es evidente que la SCJN ha asumido un papel, por decir, “nacionalista”, al referir al imperio de cualquier restricción contenida en el texto fundamental, sin importar de qué límite se trate, presuponiendo que por encontrarse en el documento fundacional del Estado Mexicano, se actualiza una especie de “súper legalidad. (...) Aunque no se quiera reconocer y se indique la existencia de un bloque de regularidad constitucional, lo resuelto no hace más que jerarquizar niveles de normatividad, atribuyéndole un sobrepeso a las restricciones aludidas en el párrafo primero del artículo 1 constitucional por encima del criterio hermenéutico (pro persona) también situado en el propio artículo (párrafo segundo). Rivero Evia, Jorge, “Las restricciones constitucionales a los derechos humanos de fuente convencional. Refutabilidad y alternativa ante la jurisdicción supranacional. Mínimas reflexiones a partir de la resolución de la contradicción de tesis 293/2011”, *Revista In Jure Anáhuac Mayab*, 2016, año 5, núm. 9, pp. 46-47. (Documento web) <http://anahuacmayab.mx/injure>

opinión que el tribunal supremo hace valer en una tesis jurisprudencial que emite trasgrede (o se aparte del fin u objetivo) de lo «proyectado» por el legislador en la «comprensión» que logró alcanzar en el contenido de la ley (o enunciados normativos) que dictó.⁶⁴⁶

Es verdad que la teoría más consistente de la interpretación sostiene que la interpretación no es algo que se logre por medio de un proceso deductivo o de subsunción, sino que interpretar es concretar y completar lo que ordena una ley o enunciado normativo. Pero no es jurídico ni racional que la interpretación que se haga de la ley se aparte del «designio» que fue proyectado por el legislador, en este caso por el Poder Reformador de la Constitución, porque en este supuesto no estaríamos propiamente ante una interpretación sino más bien una «sobre-interpretación».

Para entender lo anterior sirve debe acudir a la tesis sostenida Martin Heidegger, para quien, desde la perspectiva de la ontologización de la hermenéutica, “la interpretación no es tomar conocimiento de lo comprendido, sino el desarrollo de las posibilidades proyectadas en el comprender”⁶⁴⁷. Y es el caso que, en el tema que nos ocupa, la jurisprudencia de la SCJN se aparta de las posibilidades proyectadas por el legislador en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, principalmente en el segundo y tercer párrafo.⁶⁴⁸

⁶⁴⁶ Vázquez Esquivel, Efrén y Cienfuegos Sordo Jaime Fernando, “El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: Perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la jurisdicción interna” en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, *op. cit.*, p. 34.

⁶⁴⁷ Heidegger, Martin, *Ser y tiempo*, trad. de José Gaos. México, Fondo de la Cultura Económica, 2010, p. 166

⁶⁴⁸ “Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Igualmente, la teoría constitucional sustentada por la SCJN, deja de reconocer que el contenido del *ius commune interamericano* supone límites a la capacidad normativa de los Estados, es decir, se trata de normas vinculantes que, en virtud de las herramientas consistentes en el control de convencionalidad, el principio *pro persona* y la interpretación conforme cuentan con “una garantía jurisdiccional en virtud de la cual se deben descartar todas aquellas normas que las contravengan”.⁶⁴⁹

La necesidad armonización entre el derecho constitucional e internacional de los derechos humanos, ya había sido advertida por José Luis Prado Maillard, incluso antes de la RCDH, quien apelando a una lógica democrática sostuvo la posibilidad de una prevalencia del segundo frente a la propia Constitución:

“Para establecer una jerarquía se debe fundamentar una lógica. Al respecto, es de gran importancia tener en cuenta que esa lógica debe ser democrática, pues toda nación que se pretenda democrática, debe fundamentar sus principios en los principios universales y en consecuencia, la jerarquía de los tratados debe tener en cuenta que si estos fortalecen la condición humana, debe primar sobre cualquier legislación nacional, incluida la Constitución. Lo anterior no afecta la soberanía, pues si tenemos en cuenta que el principio de toda Constitución es de garantizar los derechos y libertades fundamentales, entonces no tendrá porque oponerse en caso que un tratado fortalezca dichos derechos.”⁶⁵⁰

Pues bien, por nuestra parte, con relación a la supremacía de las restricciones constitucionales expresas (respecto a los derechos humanos de fuente internacional), sostenemos que se configura la imposibilidad del diálogo desde el momento en que la SCJN establece una prohibición procesal consistente en solicitar la preferencia de los citados derechos y su desarrollo a través de la jurisprudencia interamericana, tal como se desprende de la jurisprudencia 2a./J. 119/2014 (10a),⁶⁵¹ en la cual se resolvió que:

“AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE PRETENDEN LA DESAPLICACIÓN DE UNA RESTRICCIÓN, PROHIBICIÓN, LIMITACIÓN O EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL, CON APOYO EN UNA DISPOSICIÓN DE

⁶⁴⁹ Acosta Alvarado, Paola Andrea, “El pluralismo constitucional como respuesta los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica. Comentarios a la propuesta de René Urueña”, *Revista Derecho del Estado*, No. 13, 2013, p. 356.

⁶⁵⁰ Prado Maillard, José Luis, *Hacia un nuevo constitucionalismo*, op. cit., pp. 128-129.

⁶⁵¹ Tesis 2a./J. 119/2014 (10ª.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 12, tomo I, noviembre de 2014, p. 768.

CARÁCTER CONVENCIONAL. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que los derechos humanos previstos en los tratados internacionales se encuentran al mismo nivel que los reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conformando un mismo catálogo sin hacer referencia a una cuestión jerárquica; pero que cuando se esté en presencia de una restricción, prohibición, limitación o excepción constitucional, prevalece o tiene aplicación directa el texto de la Ley Fundamental frente a cualquier norma de carácter internacional. En ese tenor, los agravios en los que se pretenda la desaplicación de una restricción, prohibición, limitación o excepción constitucional con apoyo en una disposición de carácter convencional resultan inoperantes, al tratarse aquéllas de una expresión del Constituyente que prevalece, en todo caso y condición, frente a cualquier otra norma derivada, con independencia de que ésta tenga el mismo nivel que la Constitución Federal.”

La tesis referida tiene como consecuencia inevitable que los jueces nacionales declaren inoperante cualquier argumento que implique la inaplicación de una restricción, prohibición limitación o excepción constitucional, con apoyo en una disposición de carácter convencional. Esto implica, a su vez, que el juzgador se encuentra siquiera impedido a acudir al desarrollo jurisprudencial de dicha disposición de carácter convencional; lo que evidentemente obstaculizará el «diálogo jurisprudencial» y, con ello, el diálogo hermenéutico.⁶⁵²

Para corroborar lo anterior, basta acudir al amparo directo en revisión 1607/2014 del índice de la Segunda Sala de la SCJN, que es uno asuntos de los que deriva dicho criterio jurisprudencial previamente citado, en el cual, al analizar los agravios del quejoso, se sostuvo lo siguiente a fojas 36 y 37 de la Ejecutoria, párrafos 58 y 59:

“58. Por último, es inoperante lo alegado en el agravio reseñado en el inciso **D)**, en el que el recurrente esgrimió que la Ley Estatal del Servicio Civil de Veracruz entró en vigor posteriormente a la entrada en vigor del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, publicado en el Diario Oficial de la Federación el once de agosto de mil novecientos setenta y dos; y, por tanto, el artículo 7 de la Ley Estatal del Servicio Civil de Veracruz es inconvencional,

⁶⁵² En relación con la responsabilidad internacional del Estado Mexicano, si una restricción constitucional resultara inconvencional Rubén Sánchez Gil ha sostenido lo siguiente: “Manteniéndose las reglas que hacen improcedente el control de disposiciones constitucionales e inoperantes los argumentos en ese sentido, una resolución sobre dicha inconvencionalidad hoy solo puede darse en una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos u otra instancia homóloga. Esto solo tiene lugar muchos años después de que se viola el derechos internacional de los derechos humanos y, peor aún, de que la irregularidad se ha reiterado en múltiples ocasiones, incluso con carácter sistemático y adquiriendo por tanto suma gravedad”. Sánchez Gil, Ruben, “El principio pro persona y la contradicción de tesis 293/2011” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, op.cit., p. 249.

porque vulnera el artículo 1, inciso b), del mencionado Convenio, ya que para establecer limitaciones o privaciones de derechos a los trabajadores, se tenía que tomar la opinión de las organizaciones de los trabajadores y los patrones, que existían al momento de la elaboración del ordenamiento legal que nos ocupa, lo cual no se realizó.

“59. El argumento antes sintetizado es **inoperante**, en razón de que con ello, pretende la desaplicación de la limitación prevista en el artículo 123, apartado B, fracción XIV, con apoyo en el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo; ello, en razón de que aun cuando el convenio internacional establezca una circunstancia en particular, en el caso, el requisito de tomar la opinión de las organizaciones de los trabajadores y los patrones la expresión del constituyente prevalece en todo caso y condición, frente a cualquier otra norma derivada, con independencia de que tenga el mismo nivel que la norma fundamental.”

Como puede advertirse de la transcripción anterior, al advertir que la pretensión del quejoso era la inaplicación de una limitación prevista en el artículo 123 de la CPEUM con base en una norma convencional, la Segunda Sala de la SCJN opta por no estudiar el agravio y lo declara inoperante, sin realizar ningún ejercicio de ponderación y/o armonización que pudiera traducirse en una protección más amplia para el quejoso.

Lo sostenido por el Pleno de la SCJN también influyó directamente en la jurisprudencia 2a./J. 38/2016 (10a),⁶⁵³ en la cual se resolvió que al encontrarnos frente a una restricción constitucional no es posible el ejercicio de armonización o de ponderación entre derechos humanos:

“MIEMBROS DE LAS INSTITUCIONES POLICIALES. LA PROHIBICIÓN DE REINCORPORARLOS AL SERVICIO CONSTITUYE UNA RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL NO SUSCEPTIBLE DE REVISIÓN. La citada prohibición prevista en el artículo 123, apartado B, fracción XIII, de la Constitución General de la República, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, no da lugar a que pueda emprenderse un ejercicio de armonización o de ponderación entre derechos humanos, pues al ser una restricción constitucional es una condición infranqueable que no pierde su vigencia ni aplicación, la cual constituye una manifestación clara del Constituyente Permanente, que no es susceptible de revisión constitucional, ya que se trata de una decisión soberana del Estado Mexicano.”

Para comprender el contexto en que se emite la jurisprudencia

⁶⁵³ Tesis 2a./J. 38/2016 (10ª.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 29, tomo II, abril de 2016, p. 1204.

previamente transcrita, basta ver lo resuelto en el amparo directo en revisión 4315/2014, que es uno de los asuntos de los que deriva el criterio previamente transcrito y en el que, al estudiar uno de los agravios sostenidos por el recurrente, se resuelve lo siguiente a fojas 14 y 15 de la ejecutoria:

“Los anteriores motivos de agravio resultan **inoperantes** en una parte e **infundados** en otra.

“En primer término debe destacarse que la prohibición de reinstalar en su cargo a los miembros de Instituciones Policiales, prevista en el artículo 123, apartado B, fracción XIII, párrafo segundo, de la Constitución Federal, constituye una restricción, limitación o excepción en sede constitucional, de ahí que no se posible emprender un ejercicio de armonización o ponderación entre derechos humanos, como lo solicita el recurrente, pues al ser una restricción constitucional es una condición infranqueable que no pierde su vigencia ni aplicación, ya que constituye una manifestación clara del Constituyente Permanente, que no es susceptible de revisión constitucional, al tratarse de una decisión soberana del Estado Mexicano.

“En esa virtud, son inoperantes los agravios esgrimidos por el recurrente en los que pretende que este Alto Tribunal desaplique o desconozca la restricción constitucional, prevista en el artículo 123, apartado B, fracción XIII, de la Ley Fundamental, apoyándose en disposiciones de carácter convencional, como los artículos 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los diversos 1, 3, 24 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.”

Como se puede advertir, al igual que en el caso anterior, la Segunda Sala reitera la calificación de inoperante a un argumento que pretende el desconocimiento o desaplicación de una restricción constitucional, sin embargo, en este caso además, impide tajantemente toda posibilidad de «diálogo jurisprudencial», ya que considera a las restricciones constitucionales “como una condición infranqueable”; es decir que aún ante la existencia de una norma convencional más favorable o una jurisprudencia de la ColDH, el juez constitucional se encuentra impedido para acudir a dichas fuentes para sustentar su resolución y en consecuencia se ve obligado a aplicar la restricción constitucional.

Siguiendo la misma lógica de la contradicción de tesis 293/2011⁶⁵⁴, la

⁶⁵⁴ Herrera García, Alfonso, “Jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México en 2014” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2015, Núm. 23, Enero-Junio, p.204.

Segunda Sala de la SCJN emitió la jurisprudencia 2a./J. 56/2014⁶⁵⁵ (10a.), en la cual se dispuso que el cumplimiento del principio *pro persona* no implica que los tribunales dejen de observar otros principios o restricciones constitucionales:

“PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. SU CUMPLIMIENTO NO IMPLICA QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES, AL EJERCER SU FUNCIÓN, DEJEN DE OBSERVAR LOS DIVERSOS PRINCIPIOS Y RESTRICCIONES QUE PREVÉ LA NORMA FUNDAMENTAL. Si bien la reforma al artículo 1o. de la Constitución Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, implicó el cambio en el sistema jurídico mexicano en relación con los tratados de derechos humanos, así como con la interpretación más favorable a la persona al orden constitucional -principio *pro persona* o *pro homine*-, ello no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales dejen de ejercer sus atribuciones y facultades de impartir justicia en la forma en que venían desempeñándolas antes de la citada reforma, sino que dicho cambio sólo conlleva a que si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica analizada, ésta se aplique, sin que tal circunstancia signifique que, al ejercer tal función jurisdiccional, dejen de observarse los diversos principios constitucionales y legales -legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada-, o las restricciones que prevé la norma fundamental, ya que de hacerlo, se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función.”

Por su parte, la jurisprudencia 1a./J. 29/2015⁶⁵⁶ reitera lo resuelto por el Pleno de la SCJN al sostener por un lado que los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales y en la CPEUM no se relacionan entre sí en términos jerárquicos y por el otro que cuando exista en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de un derecho, se deberá estar a lo que indica la norma. El contenido de la tesis de jurisprudencia es el siguiente:

“DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS TANTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. PARA DETERMINAR SU CONTENIDO Y ALCANCE DEBE ACUDIRSE A AMBAS FUENTES, FAVORECIENDO A LAS PERSONAS LA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA. Acorde con lo sostenido por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.),* las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, ya que se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad

⁶⁵⁵ Tesis 2a./J. 56/2014 (10ª.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 6, tomo II, mayo de 2014, p. 772.

⁶⁵⁶ Tesis 1a./J. 29/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 17, tomo I, abril de 2015, p. 240.

constitucional. Por tanto, cuando un derecho humano esté reconocido tanto en la Constitución Federal, como en los tratados internacionales, debe acudir a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; en el entendido de que cuando exista en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.”

Como se puede apreciar a lo largo de esta exposición, y sobre lo que desde el principio marcamos con énfasis: la teoría constitucional de la SCJN en cuanto a jerarquía normativa deja de lado el contenido del artículo 1º constitucional tal y como fue entendido por el propio Poder Reformador de la Constitución, toda vez que aun cuando se sostiene que los derechos humanos de fuente constitucional y de fuente internacional no se relacionan en términos de jerárquicos, se introduce sin ninguna buena razón, en términos de Habermas, una superioridad de las normas constitucionales que establecen restricciones, lo que a su vez obstaculiza el «diálogo jurisprudencial» al impedir a los jueces, en cada caso concreto, ponderar la norma a aplicar y al interpretación que de la misma haya hecho el propio Poder Judicial de la Federación o la CoIDH. En este sentido, lo que debió privilegiar la SCJN es la primacía normativa de los derechos humanos independientemente de su fuente, lo que tendría un efecto de diálogo entre la jurisdicción interamericana y los jueces nacionales, se trata, sostiene Pedro Salazar, “de un control “dinámico y complementario” recíproco entre las autoridades internas y las internacionales.”⁶⁵⁷

Resulta igualmente grave la cancelación de posibilidades de diálogo racional entre órganos jurisdiccionales inferiores y un supremo tribunal, porque, de acuerdo a las directrices de la hermenéutica filosófica que aquí estamos siguiendo, principalmente en la versión de Gadamer, las verdades del ámbito de la interpretación, que son precisamente las verdades del derecho, son verdades que surgen del diálogo.

⁶⁵⁷ Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, op.cit., p. 73

En el contexto de un pluralismo constitucional, las relaciones fundadas en el diálogo, requieren una teoría constitucional⁶⁵⁸ que reconozca, en plenitud, que la CPEUM y la CADH “no se basan en relaciones de jerarquía, de supremacía materia y formal, sino que son un conjunto de fuentes cuya validez no deriva cada una de la otra, pero que se relacionan entre sí de manera interdependiente, y ordenada”, necesarias para una integración latinoamericana que nos llama a flexibilizar las categorías tradicionales y a comprenderlas de manera diversa y dinámica,⁶⁵⁹ y es que la idea de dejar de lado planteamientos estrictamente jerárquicos es fundamental en la noción de diálogo.⁶⁶⁰

IV.3 Obligatoriedad de la jurisprudencia de la CoIDH

En la misma contradicción de tesis 293/2011, la SCJN determinó que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) tiene carácter vinculante, lo anterior se puede apreciar en la tesis P./J. 21/2014 (10a), que dispone lo siguiente:

“JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1º constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido

⁶⁵⁸ Sostiene Zagrebelsky que la interpretación de las constituciones pluralistas no pueden ser como la interpretación de la ley ya que lo esencial de dichas constituciones es que se insertan principios universales, uno junto al otro, pero faltan la regulación de la compatibilidad, la solución de las «colisiones» y la fijación de los puntos de equilibrio. Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y constitución*, 2da. ed. trad. Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2011, p. 86.

⁶⁵⁹ García Roca, Javier, “El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, op. cit., pp.226-227.

⁶⁶⁰ Brito Melgarejo, Rodrigo, “Diálogo jurisprudencial y protección de los derechos humanos”, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2016, p. 16

parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.”⁶⁶¹

Ahora bien, para arribar a la anterior tesis de jurisprudencia, y más específicamente para entender el sentido de “vinculante” que predica dicho criterio, la ejecutoria parte de la distinción entre la jurisprudencia en México y la jurisprudencia interamericana, para lo cual establece lo siguiente a fojas 55 y 56 de la citada ejecutoria:

“De acuerdo con la Constitución y la Ley de Amparo, la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación es obligatoria cuando cumple con los requisitos de integración previstos en dichos ordenamientos: reiteración, contradicción o sustitución. En este sentido, dicha obligatoriedad no se predica respecto de los criterios identificados como “tesis aisladas”, cuya aplicación no es obligatoria por no haber cumplido con los requisitos formales para ello.

“A diferencia de lo anterior, la *jurisprudencia interamericana* se integra en un sistema de precedentes, según el cual todos los criterios interpretativos contenidos en una resolución dictada por la Corte Interamericana con motivo de un asunto de naturaleza contenciosa gozan de fuerza vinculante, sin necesidad de que se siga un procedimiento formal distinto. En este sentido, cada pronunciamiento del tribunal interamericano se integra a la *doctrina jurisprudencial interamericana*, cuya fuerza vinculante debe entenderse en clave de progresividad, es decir, como un estándar mínimo que debe ser recibido por los Estados que hayan reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana para ser aplicados directamente, en forma armónica con la jurisprudencia nacional, o para ser desarrollados o ampliados mediante jurisprudencia que resulte más favorecedora para las personas.”

Como se observa, la SCJN reconoce el carácter vinculante de la jurisprudencia de la CoIDH, sin embargo, determina que lo anterior debe entenderse en clave de progresividad, es decir, que una vez emitida dicha jurisprudencia, los Estados que hayan reconocido la competencia de la CoIDH deben aplicarla ya sea de manera armónica con la jurisprudencia nacional o como un estándar mínimo a ser desarrollado por los tribunales nacionales.

Igualmente, partiendo de la distinción entre “disposición y norma”, el

⁶⁶¹ Tesis P./J. 21/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 5, tomo I, abril de 2014, p. 204.

proyecto reconoce que la jurisprudencia emitida por la CoIDH es una extensión de la CADH y con fundamento en el artículo 1º constitucional, que reconoce a los derechos humanos de fuente internacional como parte del mismo catálogo que conforma el parámetro de control de regularidad del ordenamiento jurídico mexicano, y concluye que los criterios emitidos por la CoIDH son vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales en México.⁶⁶²

La misma ejecutoria reconoce la obligación de los tribunales nacionales (el proyecto hace referencia exclusivamente a las Cortes Supremas) y de los Estados que hayan reconocido la competencia de la CoIDH de mantener un «diálogo jurisprudencial» con dicho órgano interamericano, en tanto ambos comparten la finalidad de proteger los derechos humanos; razón por la cual las relaciones entre la SCJN y la CoIDH debe entenderse en términos de cooperación y colaboración.⁶⁶³

El mismo proyecto expone que la aplicación de la jurisprudencia de la CoIDH no debe realizarse de forma acrítica, de modo que, ante una contradicción de criterios, el juzgador nacional deberá resolverse con base en el principio *pro persona*; en consecuencia, el operador jurídico podrá optar por el criterio del Poder Judicial de la Federación o del emitido por la CoIDH, pero el resultado deberá atender a la mejor protección de los derechos humanos de las personas.⁶⁶⁴ En relación con lo anterior, la ejecutoria expone expresamente lo siguiente:

“Así, no debe entenderse el carácter vinculante de los criterios interamericanos en un sentido fuerte, es decir, como un lineamiento que constriña a los jueces internos a resolver aplicando indefectiblemente el estándar sentado por la Corte Interamericana, pasando por alto, incluso, los precedentes del Poder Judicial de la Federación. Por el contrario, esta obligatoriedad debe entenderse como una vinculación a los operadores jurídicos internos a observar en sus resoluciones un estándar mínimo, que bien podría ser el interamericano o el nacional, dependiendo cuál sea el más favorable a las personas. En todo caso, lo importante será que la inaplicación de un criterio jurisprudencial, nacional o interamericano, se *justifique atendiendo a la aplicación de otro* que resulte más

⁶⁶² Foja 57 de la Ejecutoria.

⁶⁶³ Foja 58 de la Ejecutoria.

⁶⁶⁴ *Id.*

favorecedor a la persona.”⁶⁶⁵

De lo anterior se desprende que la propia SCJN reconoce en la ejecutoria la posibilidad a favor de los operadores jurídicos, “de inaplicar un criterio jurisprudencial”, independientemente de que el mismo sea emitido por un tribunal nacional o por la CoIDH, pero siempre justificando que el criterio aplicado resultará más favorecedor a la persona; lo anterior en atención al principio *pro persona* reconocido en el artículo 1º constitucional.

Por otra parte, en la ejecutoria objeto de análisis, la SCJN reconoce que cuando la CoIDH emite una sentencia, “lo hace analizando conductas específicas observadas por agentes estatales de un Estado, en razón de un contexto fáctico específico y atendiendo a las particularidades del ordenamiento jurídico respectivo”⁶⁶⁶, por lo que la SCJN establece un conjunto de parámetros a seguir por los operadores jurídicos que pretendan aplicar los criterios emitidos por el tribunal interamericano, los cuales son expuestos en los siguientes términos a foja 59 de la ejecutoria:

“Así las cosas, cuando se trate de la aplicación de un criterio emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso en el que el Estado mexicano no ha sido parte, los operadores jurídicos se encuentran obligados a analizar si el precedente resulta aplicable al ordenamiento jurídico mexicano. Este paso previo no dependerá de que la conducta ordenada como *debida* por la Corte Interamericana sea compatible con la conducta, acto jurídico o norma analizada, sino con el hecho de que el marco normativo analizado, el contexto fáctico y las particularidades del caso sean análogas y, por tanto, idóneas para la aplicación del precedente interamericano. Lo mismo ocurre a nivel interno cuando un criterio jurisprudencial emitido, por ejemplo, con base en la legislación de un Estado se utiliza para resolver un caso nacido al amparo de una legislación similar de otro estado. En estos casos, el operador jurídico deberá analizar si las razones que motivaron el pronunciamiento son las mismas, para entonces poder determinar si el criterio jurisprudencial interamericano es aplicable.”

Finalmente, cabe destacar que en la exposición del proyecto, el ministro ponente resaltó la necesidad de entender el carácter vinculante de la

⁶⁶⁵ Foja 58 de la Ejecutoria

⁶⁶⁶ Fojas 58 y 59 de la Ejecutoria

jurisprudencia de la CoIDH como un diálogo entre cortes; por su importancia estimamos necesario transcribir dicha exposición en la parte que nos interesa para efectos de la presente investigación:

“Una segunda cuestión que valdría la pena aclarar, que se trata de explicar en el proyecto, es que debemos entender esta vinculación no en el sentido tradicional que en México hemos entendido jurisprudencia obligatoria y tesis aislada o entender esta vinculación en un sentido fuerte, como el que no ampliarla pudiera traer responsabilidad a los juzgadores, sino simple y sencillamente entenderla en un concepto interamericano, como un diálogo entre Cortes, en el cual, tanto las Cortes nacionales como la Corte Interamericana van estableciendo -en este diálogo constructivo- la defensa de los derechos fundamentales y los derechos humanos partiendo de aquello que es más favorable a la persona; de tal suerte, que al ser la jurisprudencia de la Corte Interamericana una extensión de la Convención Americana, debemos entender que vincula a los jueces mexicanos, porque cuando leemos la Convención Americana, debemos leerla en términos de lo que ha interpretado la Corte Interamericana, cuando un texto dice algo, realmente dice lo que el órgano convencionalmente o constitucionalmente facultado dice que dice; es decir, si la Corte Interamericana ha establecido el contenido de ciertos preceptos de la Convención Americana, cuando nosotros nos acercamos a la Convención Americana, nos tenemos que acercar en el alcance que le ha dado a esos conceptos, en el contenido que le ha dado a esos derechos la Corte Interamericana.

“De tal suerte, que no se trata de hacer una aplicación acrítica de la doctrina o jurisprudencia de la Corte Interamericana -voy a usar indistintamente criterio, doctrina y jurisprudencia, porque la propia Corte Interamericana ha aceptado que su doctrina se puede denominar jurisprudencia-. De tal suerte, que de lo que se trata no es de hacer una aplicación acrítica, sino que los juzgadores analicen el contexto y los argumentos en que se da la decisión, obviamente las decisiones de la Corte Interamericana se dan en asuntos de determinados Estados que pueden tener una problemática distinta, un contexto diferente o incluso normas constitucionales que no coinciden, de tal suerte que todas las decisiones de la Corte Interamericana tiene que pasar por una tamiz —nacional, -algo parecido a lo que decía la señora Ministra Olga Sánchez Cordero hace unos minutos-. Y reitero, una vez realizado este análisis, esta ponderación de si el contexto y los argumentos son los mismos, tampoco ahí se sigue que de inmediato sea aplicable la jurisprudencia o el criterio de la Corte Interamericana, sino que estos criterios de la Corte Interamericana tienen que ser un estándar mínimo. Cuando nosotros tengamos – como suele suceder, por cierto- criterios en los tribunales nacionales más favorables a la persona, tendremos que estar a los criterios de los tribunales nacionales, cuando por el contrario, haya un criterio de la Corte Interamericana que amplía los derechos o que es más proteccionista, tendremos que estar al criterio de la Corte Interamericana.”⁶⁶⁷

⁶⁶⁷ Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 12 de marzo de 2012, en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-11-04/12032012POsinnombres_0.pdf, (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2014).

Precisado lo anterior, deben destacarse dos cuestiones relevantes para efecto de justificar nuestras conclusiones con respecto al tema resuelto por la SCJN y que deriva de la intervención del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea en su calidad de ponente en cuanto al contenido de la jurisprudencia que derivaría de la resolución a la contradicción de tesis, el cual, al exponer la parte relativa del proyecto, propuso hacer un ajuste para armonizar la resolución del tema de la jurisprudencia de la CoIDH con lo resuelto en materia de restricciones constitucionales; el ponente se pronunció en los siguientes términos:

“Por supuesto que, en caso de ser aprobado el proyecto, tendríamos que hacer un ajuste para excluir de esta vinculación, aquellos casos en que haya una norma expresa, una restricción de la constitución, –porque entiendo que ese es el criterio mayoritario– no obstante que esto nos podría generar algunos problemas, porque ciertamente las propias Constituciones son materia de análisis, de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana, pero entiendo que ese es el criterio que tienen al menos siete de los integrantes del Tribunal Pleno, y me parece que si queremos que las dos tesis tengan alguna lógica habrá que darles este sentido.”⁶⁶⁸

Una vez posicionados los ministros integrantes del Pleno de la SCJN y al considerar que la mayoría de los ministros se encontraban en contra de la propuesta original, el ponente solicitó al presidente que sometiera a votación la tesis original, tal y como se había propuesto en el proyecto (sin el agregado de las restricciones constitucionales), adelantando que él se encargaría de elaborar el engrose en los términos de lo manifestado por la “mayoría”, y por otro lado adelantando que él elaboraría un voto particular o de minoría.⁶⁶⁹

El resultado de la votación fue, sin embargo, de seis votos a favor de la propuesta original ya que el ministro Cossío se había manifestado en contra del proyecto sólo si el ministro ponente hacía el agregado de las restricciones constitucionales, por lo que al votar la propuesta original ese ministro que originalmente había sido considerado por el ponente como un voto en contra se

⁶⁶⁸ *Id.*

⁶⁶⁹ *Id.*

tradujo en un voto a favor.⁶⁷⁰

Ahora bien, al igual que en el caso del primer tema analizado en la contradicción de tesis 293/2011, un sector de la doctrina se ha manifestado a favor de lo resuelto por la SCJN; tal es el caso de Miguel Carbonell, quien ha sostenido lo siguiente en relación con el tema objeto de análisis:

“La segunda cuestión relevante que resuelve la sentencia 293/2011 es el valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hace unos años nuestra Corte había dicho que solamente eran obligatorias las sentencias interamericanas que se hubieran dictado en casos en los que México hubiera sido la parte demandada. Ahora ese criterio cambia y se señala que todas las sentencias interamericanas son obligatorias para los jueces mexicanos, de modo que deben aplicar los criterios en ellas contenidos a menos que encuentren un criterio jurisprudencial de carácter nacional que resulte más protector.

“Me parece que las dos decisiones de la Corte que acabamos de señalar caminan en la dirección correcta, ya que nos permiten contar en México con una protección de derechos humanos basada en estándares internacionales. Eso se traduce en la posibilidad para los abogados mexicanos de emplear una batería enorme de argumentos tomados de la jurisprudencia interamericana al momento de redactar sus demandas y lo mismo pasará con los jueces cuando dicten sus sentencias.

“Ese diálogo entre los tribunales nacionales y el tribunal interamericano vendrá a modernizar al derecho mexicano y le inyectará oxígeno a muchos temas que llevan años anquilosados. Por ejemplo, resultará de gran utilidad a la hora de aplicar las disposiciones que contiene el recientemente aprobado Código Nacional de Procedimientos Penales; los litigios en materia penal se verán positivamente influidos por la abundante jurisprudencia de la Corte Interamericana en la materia.

⁶⁷⁰ El ministro Cossío se manifestó en los siguientes términos: “Yo voy a votar en contra también de este criterio —y creo que el Ministro Zaldívar lo acaba de decir con mucha claridad— porque habría que hacerle un agregado, yo decía la vez pasada —en estos días— que el rubro completo tendría que leerse así —LA JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA, SALVO QUE EN EL CASO EXISTA UNA DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL QUE ESTABLEZCA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA. Yo no puedo compartir este punto de vista, a mí me parece que el principio pro persona no es un mínimo, es un criterio de maximización interpretativa de los derechos humanos y creo que esa tesis, con este agregado que es la consecuencia natural de lo que se acaba de votar, a mí parecer no es lo que se desprende de nuestro artículo 1º constitucional, y consecuentemente por esto votaré en contra. Quiero aclarar, yo estaba también de acuerdo con el rubro originario: —ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Si hasta ahí estuviera la tesis, como estaba originalmente planteada, yo hubiera estado de acuerdo con el proyecto, pero con los cambios que se le han hecho, y como mera consecuencia de ello, estoy en contra de esta propuesta. Gracias señor Ministro Presidente.” En *Id.*

En claro contraste con la postura anterior, en la cual se dejan de lado las implicaciones de lo resuelto en el primer tema de la misma contradicción de tesis, se encuentra la postura de José Ramón Cossío quien, con respecto al tema objeto de análisis, sostiene lo siguiente:

“Es por ello que claramente el criterio aprobado en el segundo tema resulta contradictorio en relación con el primer tema resuelto en la contradicción de tesis, para que ello no hubiese sido así se necesitaban dos cosas: 1) tal como lo había ofrecido el ministros ponente para que ambas tesis fueran congruentes, resultaba necesario que en el segundo criterio se hiciera el agregado correspondiente a las restricciones constitucionales; y, 2) tal como lo precisó el ministro Pardo al emitir su intención de voto, debía modificarse el calificativo de “vinculantes”, ya que este resultaba contrario a las restricciones constitucionales.

“A pesar de ello, el ministro ponente sugirió al ministro presidente someter a votación la tesis propuesta originalmente en su proyecto, es decir, aquella que contenía el calificativo de “vinculante” y que no contemplaba el agregado sobre las restricciones constitucionales; de lo que resulta clara una contradicción entre lo resuelto en ambos temas en la contradicción de tesis 293/2011, ya que no puede sostenerse, por un lado, que todos los criterios emitidos por la ColDH resultan vinculantes para todos los jueces del país siempre que sean más favorables para la persona y, por otro, que siempre que exista una restricción prevista en la Constitución deberá prevalecer ésta.

“Ya sea por la vía de la jerarquía (ministros Aguilar y Luna) o por la de deferencia fija al legislador constituyente (ministros Gutiérrez, Franco, Pardo, Valls y Pérez), el criterio que resulta del primer tema hace inaplicable el criterio establecido en la segunda tesis, si se aplican las restricciones constitucionales de manera preferente a los derechos humanos contenidos en la misma Constitución o en tratados internacionales, esto imposibilita la aplicación de la jurisprudencia de la ColDH que interpreta el derecho de fuente internacional en el sentido más favorable a la persona, al haber sido desplazado previamente por la restricción constitucional”.⁶⁷²

Ahora bien, aunque en principio la tesis referida parece tener un resultado positivo, al dar carácter vinculante a los criterios de la Corte Interamericana de

⁶⁷¹ Carbonell, Miguel., “¿Constitución o tratados internacionales?”, El Universal, 24 de febrero de 2014, en: <http://www.eluniversalmas.com.mx/editoriales/2014/02/68828.php>, (Documento web), Fecha de consulta 10 de enero de 2015.

⁶⁷² Cossío, José Ramón, et. al. “*La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos. Estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011.*”, *op. cit.*, pp. 37-38. Para Raúl Canosa Usera, que del artículo 1º de la CPEUM, “se infiere el principio de armonización que demanda con naturalidad tener siempre presente, para servirlo, el parecer de la Corte Interamericana, pues no se distingue constitucionalmente entre los casos en los que México haya sido o no parte”. Usera Canosa Usera, Raúl, *El control de convencionalidad*, *op. cit.* p. 38.

Derechos Humanos y estableciendo directrices para su aplicación por los jueces nacionales que redundan en un verdadero «diálogo jurisprudencial», los efectos de la tesis relativa a las restricciones constitucionales y su superioridad en relación con los derechos convencionales surte sus efectos e impacta también en la aplicación de la jurisprudencia de la CoIDH y, en consecuencia, en el «diálogo jurisprudencial»⁶⁷³, tal como se desprende de la tesis P. XVI/2015 (10a.), en la cual se determina que aun cuando se haya reconocido el carácter vinculante de la jurisprudencia de la CoIDH “si alguno de los deberes del fallo implica desconocer una restricción constitucional”, debe prevalecer dicha restricción, tomando como base la tesis P./J. 20/2014 (10a.) arriba descrita. La tesis en comento dispone lo siguiente:

“SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. DIRECTRICES PARA ESTABLECER Y CONCRETAR LAS OBLIGACIONES QUE DEBE CUMPLIR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN TRATÁNDOSE DE RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES. La jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es aceptada por el Estado Mexicano y, en esa medida, en tanto se esté frente al incumplimiento de obligaciones expresamente contraídas por éste, no corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por aquel organismo internacional es correcta o no, lo que debe entenderse en forma unimoda y dogmática, ya que la competencia del Máximo Tribunal Constitucional del país, como garante de la supremacía constitucional, descansa ontológica e inmanentemente en su actuación, de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por tanto, para establecer y concretar las obligaciones que debe cumplir el Poder Judicial de la Federación en atención a las sentencias internacionales, se estima necesario analizar

⁶⁷³ Para Silva Meza y Silva García resulta clara la implicación entre los temas de jerarquía y diálogo jurisprudencial; los autores sostienen lo siguiente en relación con el tema: “...En tal sentido, la relación entre tratados internacionales sobre derechos humanos y Constitución es de *complementariedad*, en el sentido de que si bien las normas constitucionales sobre derechos y libertades se deben presentar como eje dentro del sistema jurídico nacional, también tendrían que considerarse, en cierta medida, abierta para integrar contenidos y niveles derivados del sistema jurídico internacional. Ello ha tendido a crear las bases para la existencia de interacciones jurisdiccionales capaces de establecer una relación de influencia y control dinámico en la tutela de los derechos humanos. De manera que la relaciones entre la SCJN y la CIDH podrían basarse en un principio de *mutua coexistencia*, lo que podría dar lugar a un diálogo jurisdiccional sobre el balance de los derechos fundamentales de fuente internacional, reconocidos en el Pacto de San José, y aquellos de fuente nacional consagrados en la Constitución, tal como sucede en otras latitudes. Este tipo de relación normativa entre normas internacionales y normas constitucionales sobre derechos fundamentales pone de manifiesto una cierta capacidad de interacción entre ambas, que ha llegado a derivar resultados interesantes en el plano de la eficacia de aquéllas en el orden jurídico nacional.” Silva Meza, Juan N. y Silva García, Fernando, *Derechos Fundamentales*, op. cit. p. 391.

siempre: (I) los débitos que expresamente se desprenden de tales fallos para el Poder Judicial de la Federación, como parte del Estado Mexicano; y, (II) la correspondencia que debe existir entre los derechos humanos que estimó vulnerados la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con los reconocidos por la Constitución General de la República o los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano y que, por tanto, se comprometió a respetar. En el entendido de que si alguno de los deberes del fallo implica desconocer una restricción constitucional, ésta deberá prevalecer, en términos de la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.) (*).⁶⁷⁴

Como se aprecia de lo antes expuesto, la SCJN vuelve al discurso de la prevalencia de las restricciones constitucionales, pero ahora en relación con la jurisprudencia de la Corte IDH, aun cuando se trate de un fallo en los que el Estado Mexicano sea parte, a este respecto es pertinente citar el contenido del Expediente Varios 1396/2011⁶⁷⁵:

Por otro lado, cabe precisar que este Tribunal Pleno ha determinado que el resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que deriva de las sentencias en donde el Estado Mexicano no figura como parte, también tendrá el carácter de criterio vinculante cuando resulte más favorable en términos del principio pro persona contenido en el artículo 1o. constitucional, toda vez que éste sienta las bases para una interpretación mínima respecto a un derecho particular. Debiéndose precisar que, en estos casos, no debe entenderse el carácter vinculante de los criterios interamericanos en un sentido fuerte, sino como una vinculación a los operadores jurídicos a observar en sus resoluciones un estándar mínimo, que bien podría ser el internacional o el nacional, dependiendo cuál resulte más favorable a las personas.

[...]

SEXTO. Obligaciones concretas que debe realizar el Poder Judicial. Como una cuestión previa al pronunciamiento de vinculación de este Poder con los asuntos materia de cumplimiento, se hace necesario precisar, en forma concreta, el alcance de las obligaciones de este Alto Tribunal.

Para ello, se parte del hecho ya referido de que la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es aceptada por el Estado Mexicano y que, en esa medida, en tanto se esté frente al incumplimiento de obligaciones expresamente contraídas por dicho signante, no corresponde, entonces, a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, analizar, revisar, calificar o decidir, si una sentencia dictada por este organismo internacional es correcta o no, lo que debe entenderse en forma unimoda y dogmática, ya que la competencia de este Tribunal Constitucional del Estado Mexicano, como garante de la supremacía

⁶⁷⁴ Tesis P. XVI/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 22, tomo I, septiembre de 2015, p. 237.

⁶⁷⁵ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 22, tomo I, septiembre de 2015, p. 127.

constitucional, descansa ontológica e inminentemente en su actuación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 133 de nuestra Carta Magna.

Por tanto, para establecer y concretar las obligaciones que debe cumplir el Poder Judicial de la Federación, en atención a las sentencias internacionales, se estima adecuado analizar siempre la correspondencia que debe existir entre los derechos humanos que estimó vulnerados la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con aquellos que se encuentran dispuestos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o en los tratados que el Estado Mexicano celebre y que, por tanto, se comprometió a respetar, en el entendido de que, si alguno de los deberes del fallo implica el desconocimiento de una restricción constitucional, deberá prevalecer ésta, en términos de lo determinado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, en sesión de tres de septiembre de dos mil trece, y que originó la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.), intitulada: "DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL."(4).

Lo anterior es coincidente con la reforma al artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el diez de junio de dos mil once, mediante la cual se dio pleno reconocimiento del goce que toda persona tiene en nuestro país, de los derechos humanos dispuestos en nuestro Máximo Ordenamiento y en los tratados internacionales celebrados por la nación mexicana que estén de acuerdo con éste y de los que la nación mexicana sea parte.

Como se podrá observar, de conformidad con los argumentos expuestos a lo largo de este estudio, centrado en los supuestos teóricos de la hermenéutica filosófica —hasta ahora, desde nuestro punto de vista, el pensamiento que más ha hecho evolucionar el canon hermenéutico— la SCJN, por medio del establecimiento de restricciones constitucionales, se aparta de sus propios criterios para impedir la invocación por parte de los jueces de los criterios de la CIDH.

Lo anterior significa que el juez nacional, ante estas limitaciones constitucionales, que la SCJN le impone a través de sus criterios «sobre-interpretativos», se encuentra impedido para acudir a la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales, con el propósito de buscar el criterio más favorable para la persona.

IV.4 Inaplicación de la jurisprudencia de la SCJN

Otro de los temas que lleva impacta directamente el «diálogo jurisprudencial» en México, es el relativo a la posibilidad de ejercer un control de constitucionalidad y/o convencionalidad respecto de la jurisprudencia emitida por la SCJN, a partir de la cual dicho órgano jurisdiccional expone su teoría en torno al sistema de control de constitucionalidad en México⁶⁷⁶ y los criterios de interpretación conforme y principio *pro persona*.

La resolución a la contradicción de tesis 299/2013⁶⁷⁷ derivada de los criterios encontrados emitidos por el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercer Región con residencia en Guadalajara, en apoyo del Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito y el emitido por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito⁶⁷⁸, de la cual a su vez deriva la jurisprudencia P./J. 64/2014 (10a.), el Pleno de la SCJN, dejando de considerar una vez más el contenido del artículo 1º constitucional y la naturaleza de la jurisprudencia, estableció que la misma no podía ser objeto de control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio* por órganos jurisdiccionales de menor jerarquía.

El contenido de la jurisprudencia P./J. 64/2014 (10a.) derivada de la Contradicción de Tesis 299/2011 es el siguiente:

⁶⁷⁶ Sostiene Herrera García que una de las cuestiones abiertas en relación con las características del modelo de control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* que ha venido configurándose por la Suprema Corte desde el 2011, era precisamente la relativa a si la jurisprudencia de ésta sería susceptible de someterse a dicho control por parte de otros tribunales. Herrera García, Alfonso, “Jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México en 2014” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, *op.cit.*, p.205

⁶⁷⁷ Este asunto fue proyectado y presentado por el ministro Cossío en la Primera Sala de la SCJN, pero en sesión de 23 de octubre de 2013, por mayoría de 4 votos se desechó la propuesta y se retornó al ministro Pardo Rebolledo; éste lo presentó de nuevo a la Sala en sesión de 15 de enero de 2014, quedando en lista a petición del mismo ministro Pardo como presidente de la Sala; finalmente, en sesión de 22 de enero de 2014 la Sala acordó su remisión al Pleno de la SCJN para su resolución. Cossío, José Ramón, et. al. “*La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos. Estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011.*”, *op. cit.*, p. 22.

⁶⁷⁸ En el caso objeto de análisis se estudió la contradicción de tesis entre los criterios sostenidos por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito al resolver el amparo directo 210/2013 y el sostenido por el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región al resolver el amparo directo 122/2013.

“JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA. La obligación de las autoridades jurisdiccionales contenida en los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de realizar un control de constitucionalidad y/o convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos y dar preferencia a los contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario contenidas en cualquier norma inferior, no contempla a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque el artículo 94 constitucional establece que será obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de conformidad con lo que disponga la ley y, en este caso, la Ley de Amparo así lo indica tanto en la abrogada como en el artículo 217 de la vigente; de ahí que no privan las mismas razones que se toman en cuenta para inaplicar una disposición emitida por el legislador cuando viola derechos humanos de fuente constitucional o convencional. Cabe precisar que en los casos en los que se pudiera advertir que una jurisprudencia del Alto Tribunal desatiende o contradice un derecho humano, cualquiera que sea su origen, existen los medios legales para que se subsane ese aspecto. En conclusión, aun partiendo del nuevo modelo de interpretación constitucional, no es posible determinar que la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país pueda ser objeto de la decisión de un órgano de menor grado que tienda a inaplicarla, como resultado del ejercicio de control de convencionalidad ex officio, porque permitirlo daría como resultado que perdiera su carácter de obligatoria, ocasionando falta de certeza y seguridad jurídica.”⁶⁷⁹

En el caso del Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito, el asunto resuelto por el tribunal derivó de una causa penal en la que se consideró que el quejoso era responsable del delito de contrabando presunto, previsto en el artículo 103, fracción II, del Código Fiscal de la Federación. En sus conceptos de violación se sostuvo la inconstitucionalidad de dicha norma por ser violatoria del principio de presunción de inocencia, en tanto impone al inculpado la carga de demostrar la licitud de su conducta. Por otra parte, consideraron que la jurisprudencia 1a./J. 83/2005⁶⁸⁰, de la Primera Sala de la Suprema Corte de

⁶⁷⁹ Tesis P./J. 64/2014(10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 13, tomo I, diciembre de 2014, p. 8.

⁶⁸⁰ La jurisprudencia tildada de inconstitucional es localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXII, julio de 2005, p. 68, cuyo rubro y texto son los siguientes: CONTRABANDO PRESUNTO DE VEHÍCULOS EXTRANJEROS. SE PRESUME QUE FUERON INTRODUCIDOS AL TERRITORIO NACIONAL POR QUIEN LOS POSEA, LOS PORTE O SE OSTENTE COMO SU PROPIETARIO FUERA DE LA ZONA DE VIGILANCIA ADUANAL, SALVO PRUEBA EN CONTRARIO (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 102 Y 103, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN). La fracción II del artículo 103 del Código Fiscal de la Federación prevé un tipo penal de los denominados complementarios, pues su actualización requiere la aplicación del tipo básico del cual depende, que en este caso lo constituye el delito de contrabando establecido en el diverso numeral 102 del

Justicia de la Nación, con relación a la norma mencionada, resultaba violatoria de la CPEUM, la CADH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁶⁸¹

Ahora bien, para efectos de resolver la cuestión planteada por el quejoso en su amparo directo, el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito sostuvo las siguientes razones para declararlo inoperante:

“A fin de resolver esos conceptos de violación es necesario precisar que por disposición del artículo 192 de la Ley de Amparo, la jurisprudencia emanada del Pleno o de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es de observancia obligatoria para todas las autoridades jurisdiccionales del país, incluidos los integrantes del Poder Judicial de la Federación.

“De tal manera, la existencia de jurisprudencia obligatoria torna inoperantes las inconformidades que abordan aspectos dilucidados en ella, por ser insoslayable y de aplicación inexcusable; dado que al existir jurisprudencia al respecto con su aplicación se da respuesta integral al tema de fondo.

“(…)

“[L]as anteriores jurisprudencias son de observancia obligatoria por disposición del artículo 192 de la Ley de Amparo, al surgir de una de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en consecuencia son inoperantes los conceptos de violación en que el quejoso sostiene que el artículo 103, fracción II, del Código Fiscal de la Federación y la jurisprudencia 85/2005 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación atentan contra el principio de presunción de inocencia al arrojar al inculpado la carga de demostrar la licitud de su

referido código; de manera que para determinar los elementos típicos del delito de contrabando presunto es necesario estudiar conjuntamente ambos preceptos, de los cuales se desprende que se presume cometido el delito de contrabando cuando: a) se introduzcan al país vehículos de procedencia extranjera; b) dichos vehículos se encuentren fuera de la zona de veinte kilómetros en cualquier dirección, contados en línea recta a partir de los límites extremos de la zona urbana de las poblaciones fronterizas, y c) no cuente con el permiso de la autoridad correspondiente. Ahora bien, aun cuando la aludida fracción II del artículo 103 no establece como elemento del tipo la posesión del vehículo extranjero y prevé una situación posterior a su introducción (cuando ya están dentro del territorio nacional), se entiende que si éstos se encuentran fuera de la mencionada zona de vigilancia aduanal, la sola objetividad de su hallazgo ubica como responsable del ilícito a quien los posea, se ostente como propietario o sea su portador, sin contar con la documentación que acredite su legal introducción o estancia en el país, pues se presume que fueron introducidos por quien asuma la tenencia de tales vehículos, salvo prueba en contrario. Por otra parte, si bien es cierto que el artículo 103, fracción II, del Código Fiscal de la Federación establece que la conducta descrita presume la comisión del delito de contrabando, también lo es que dicha presunción no es absoluta, ya que dentro de la dinámica del procedimiento penal el sujeto activo está en posibilidad de demostrar que la introducción del vehículo extranjero no le es imputable o, en su caso, que lo internó cumpliendo con todos los requisitos que exige la Ley Aduanera, mediante la exhibición de la documentación respectiva.

⁶⁸¹ Foja 5 de la Ejecutoria.

conducta, esto es, probar su inocencia, cuando corresponde al agente del Ministerio Público demostrar la culpabilidad del acusado.

“(…)

“Incluso, al margen de la posibilidad que los jueces nacionales estén facultados para ejercer el control de convencionalidad, ello no les otorga potestad para decidir si una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación transgrede o no una norma convencional.

“Esto, ya que implicaría determinar la superación, interrupción o modificación de un criterio obligatorio en términos del artículo 192 de la Ley de Amparo, cuyo único facultado para interrumpirla o modificarla es el órgano que la creó, por disposición del numeral 194 de esa codificación.

“Con ello se desatendería la disposición contenida en el artículo 94, párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto determina la obligatoriedad de la jurisprudencia de los tribunales del Poder Judicial de la Federación, entre ellos la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los términos de la ley secundaria, en el caso la de Amparo.

“Por tanto, a lo más que un órgano de grado inferior estaría en posibilidad es declarar inconvencional un precepto secundario del orden jurídico nacional, no una jurisprudencia para él obligatoria.”

Como se observa, si bien el tribunal colegiado reconoce la facultad de los jueces de ejercer el control de convencionalidad, igualmente sostiene que eso no les otorga facultad para decidir si la jurisprudencia de la SCJN transgrede una norma convencional, ya que una determinación en ese sentido, sostiene el tribunal colegiado, implicaría determinar la superación, interrupción o modificación de un criterio obligatorio, cuyo único facultado para realizar tales operaciones es el órgano que la creó. El mismo tribunal concluye su argumento aduciendo que a lo más que estaría en posibilidad un órgano inferior es a declarar la inconvencionalidad de un precepto secundario, pero no una jurisprudencia para él obligatoria.

Por su parte, en el caso del criterio sostenido por Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, el asunto resuelto por el tribunal derivó de una causa penal en la que se consideró que el quejoso era responsable del delito de contrabando presunto, previsto en el artículo 103, fracción II, del Código Fiscal de la Federación. En sus conceptos de

violación se sostuvo la inconstitucionalidad de dicha norma por ser violatoria del principio de presunción de inocencia. El tribunal colegiado de circuito declaró fundados los argumentos del quejoso tomando como base el contenido del artículo 1º constitucional, a través del cual se reconoce a nivel constitucional el principio *pro persona* y la interpretación conforme; a partir de lo anterior el Octavo Tribunal Colegiado construye su resolución en los siguientes términos:

“En esa medida, la figura de control difuso de la convencionalidad que subyace del artículo constitucional en atención, consiste en el deber de los jueces nacionales, de realizar un examen de compatibilidad entre los actos, normas y jurisprudencia nacionales, frente a los instrumentos universales de protección de derechos universales e, incluso, en el caso del Estado mexicano, a la Convención Americana de Derechos Humanos, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que interpreta ese corpus iuris interamericano.

“(…)

“En otras palabras, conforme al citado precepto constitucional, **todos los jueces nacionales, deben examinar si el acto, norma e incluso, la jurisprudencia como fuente formal del derecho derivada de la confirmación, supletoriedad e interpretación de ella, sometido a su conocimiento, respeta cabalmente los derechos fundamentales reconocidos tanto en la Constitución, como en los instrumentos internacionales universales y regionales obligatorios para el Estado mexicano.**

“(…)

“En ese contexto de consideraciones, es inconcuso que, en el particular, **la jurisprudencia 83/2005 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**, que aplicó el Magistrado responsable como sustento en la sentencia reclamada, que confirmó la del Juez de Distrito, analizada bajo los principios actuales y vigentes de interpretación constitucional, previstos en los artículos 1º y 133, **resulta inconvencional**.

“Ello es de considerarse así, pues conforme los artículos 192 y 196, fracción II de la Ley de Amparo, este Tribunal Colegiado se encuentra obligado a verificar la aplicabilidad o inaplicabilidad al caso concreto, y precisar, conforme a los lineamientos referidos en líneas que anteceden, si el referido criterio se acoge al mismo; lo que presupone el examen de su adecuación al asunto que se resuelve; pues las tesis jurisprudenciales emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, son el resultado de la interpretación de normas de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de los tratados internacionales, leyes federales, locales y disposiciones reglamentarias; y al mismo tiempo constituyen normas de carácter positivo obligatorias para los tribunales judiciales o jurisdiccionales.

“(…)

“Luego, de conformidad con el principio de supremacía constitucional y de los tratados internacionales previsto en los numerales 1° y 133 de la Constitución Federal, no solo debe situarse tal presunción de inocencia por encima de la diversa presunción iuris tantum que prevé la jurisprudencia 83/2005 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino que además, debe considerarse que la sola presunción iuris tantum de que el inculpado introdujo el vehículo, es insuficiente para desvirtuar tal principio previsto a favor del sentenciado, hoy quejoso.

“De manera que, el citado criterio jurisprudencial en el que se interpretan normas de derecho interno (numerales 102, 103, fracción II y 104 del Código Fiscal Federal), visto a la luz de la Constitución vigente, resulta inaplicable para el quejoso, ***** y, consecuentemente, se **considera inconvencional** por contravenir los derechos fundamentales previstos en los artículos señalados.

“Lo cual también resulta acorde con el principio pro persona, pues solo a través de la inaplicación al caso concreto de la jurisprudencia en mención, se logra la protección más amplia en favor del revisionista, del derecho fundamental en cuestión.”⁶⁸²

Como se observa del contenido de los hasta aquí expuesto ambos tribunales se pronunciaron respecto a la posibilidad de ejercer un control de constitucionalidad y convencionalidad sobre la jurisprudencia emitida por la SCJN, siendo que el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito sostuvo que no era jurídicamente posible llevar a cabo dicho control, mientras que el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región consideró que la jurisprudencia, al igual que las normas y los actos, pueden ser objeto del control difuso de convencionalidad.⁶⁸³

⁶⁸² Fojas 9 a 11 de la Ejecutoria.

⁶⁸³ Fojas 13 de la Ejecutoria. El proyecto establece lo siguiente en relación con el punto de contradicción: Como se ha visto, las conclusiones a las que arribaron los tribunales contendientes, con relación a la posibilidad de ejercer el control *ex officio* de la jurisprudencia, resultaron contradictorias, ya que el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito determinó que no resultaba jurídicamente posible llevar a cabo dicho control, porque aun cuando los jueces nacionales están facultados para ejercer el control de convencionalidad, “...ello no les otorga potestad para decidir si una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación transgrede o no una norma convencional”; mientras que el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región consideró, categóricamente, que la jurisprudencia, al igual que las normas y los actos, puede ser objeto del control difuso de convencionalidad, ya que es deber de los jueces nacionales “realizar un examen de compatibilidad entre los actos, normas y jurisprudencia nacionales, frente a los instrumentos universales de protección de derechos universales”.

Derivado del punto de contradicción, la ejecutoria determina que la pregunta a resolver es la siguiente: ¿La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede ser objeto de control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio*, a cargo de los jueces nacionales, cuando se detecte que resulta violatoria de algún derecho humano contenido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte?⁶⁸⁴

La ejecutoria de la que deriva la tesis objeto de análisis se encuentra dividida en dos apartados, el propio proyecto sostiene que en el primero de ellos se expone de forma general el panorama sobre el estado del nuevo paradigma de la interpretación constitucional, que tiene como eje central la protección, defensa y garantía de los derechos humanos, tomando como base lo resuelto por el propio Pleno de la SCJN en el Expediente Varios 912/2010, así como en la contradicción de tesis 293/2011. En el segundo de los apartados se analiza si es o no factible ejercer el control *ex officio* de constitucionalidad y/o convencionalidad, respecto de la jurisprudencia nacional.⁶⁸⁵

En el primer apartado denominado I. EL NUEVO MODELO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, la ejecutoria reconoce que de acuerdo a diversos precedentes de la CoIDH, el control de convencionalidad debe realizarse entre las normas jurídicas internas que aplican los jueces en los casos concretos y los tratados internacionales sobre derechos humanos, teniendo en cuenta no solo las disposiciones convencionales, sino la interpretación que de las mismas realizan los órganos internacionales competentes.⁶⁸⁶

La ejecutoria sostiene que de conformidad con los artículos 1º y 133 de la CPEUM, y con la resolución emitida dentro del Expediente Varios 912/2010, existe un nuevo sistema de control de constitucionalidad en México, en el que

⁶⁸⁴ Foja 14 de la Ejecutoria.

⁶⁸⁵ Foja 17 de la Ejecutoria.

⁶⁸⁶ Fojas 17 y 18 de la Ejecutoria.

se vio ampliado el catálogo de los derechos humanos para conformar un nuevo universo formado por los reconocidos en la CPEUM más los reconocidos por los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano es parte.⁶⁸⁷ Con base en lo anterior, el Pleno de la SCJN establece lo siguiente a forja 19 de la ejecutoria:

Así, el Tribunal Pleno estableció que el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos —reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de diez de junio de dos mil once— obliga a todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, siempre que no exista restricción expresa en la Constitución, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos —dijo el Tribunal Pleno— deben interpretarse junto con lo establecido en el artículo 133 constitucional; así, se obtiene que los jueces estén obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. En estos casos —precisó— los jueces están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia...⁶⁸⁸

De lo previamente transcrito, la ejecutoria sostiene que los jueces tienen que cumplir con dos tipos de obligaciones concretas: 1) velar por los derechos humanos contenidos en la CPEUM y en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable, siempre que no exista restricción expresa en la Constitución (el entendimiento parcial del principio pro persona expuesto en la contradicción de tesis 293/2011); y 2) Preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior, encontrándose facultados en estos caso para dejar de aplicar las normas inferiores, dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados internacionales.⁶⁸⁹

La ejecutoria recuerda que el Pleno determinó que los jueces, antes de aplicar una norma jurídica, deben realizar un control *ex officio* que pasa por tres

⁶⁸⁷ Foja 18 de la Ejecutoria.

⁶⁸⁸ Foja 19 de la Ejecutoria.

⁶⁸⁹ Foja 20 de la Ejecutoria.

momentos: 1) una interpretación en sentido amplio, 2) una interpretación conforme en sentido estricto y 3) una inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no sean posibles.⁶⁹⁰

Una vez sostenido lo anterior, la ejecutoria retoma el criterio sostenido en la contradicción de tesis 293/2011, en la cual, tal y como se expuso en el apartado IV.2 de la presente investigación, contradictoriamente se determinó que los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales constituyen el parámetro de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano, entendiendo que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.⁶⁹¹

Finalmente, en el mismo apartado de la ejecutoria objeto de estudio, se recuerda el segundo tema resuelto en la contradicción de tesis 293/2011, a partir del cual se determinó que la Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos, siempre que sea más favorable a las personas, determinando que en cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 1º constitucional, los operadores jurídicos deben atender lo siguiente: (i) cuando el criterio sea emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la

⁶⁹⁰ Foja 22 de la Ejecutoria. Respecto al punto 1) Interpretación en sentido amplio: El proyecto la define como la interpretación “del orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; por lo que respecta al punto 2) Interpretación conforme en sentido estricto, el proyecto sostiene que la misma “tendrá lugar cuando haya varias interpretaciones jurídicamente válidas; la misma deberá llevarse a cabo partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, y prefiriendo la interpretación que haga la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos”.

⁶⁹¹ Fojas 22 y 23 de la Ejecutoria.

nacional; y, (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.⁶⁹²

Una vez expuesto lo anterior, la ejecutoria procede al apartado II denominado “POSIBILIDAD DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD, RESPECTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN”, mismo que en su primer párrafo sostiene que aun reconociendo la facultad de los jueces nacionales para ejercer el control de convencionalidad, ello no les otorga potestad para decidir si una jurisprudencia de la SCJN transgrede o no una norma convencional.⁶⁹³

Para concluir lo anterior, en primer lugar, la ejecutoria determina que uno de los derechos fundamentales que tutelan los artículos 14 y 16 constitucionales es el principio de seguridad jurídica, el cual, a juicio de la SCJN, se haría nugatorio si la obligatoriedad de la jurisprudencia se hiciera depender de lo que en cada caso determinan los órganos jurisdiccionales que por disposición legal tienen el deber de acatarla, precisamente para que prevalezca el criterio del órgano límite o del órgano terminal.⁶⁹⁴

Lo anterior es así, sostiene la ejecutoria, toda vez que la jurisprudencia es de observancia obligatoria para todas las autoridades jurisdiccionales del país, incluidos los integrantes del Poder Judicial de la Federación, por disposición expresa del artículo 192 de la abrogada Ley de Amparo⁶⁹⁵ y 217 de

⁶⁹² Fojas 23 y 24 de la ejecutoria.

⁶⁹³ Foja 24 de la ejecutoria.

⁶⁹⁴ Foja 26 de la ejecutoria.

⁶⁹⁵ “Artículo 192. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustenten en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se tratara de jurisprudencia del pleno, o por cuatro ministros, en los casos de jurisprudencia de las salas. También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados.

la Normatividad vigente⁶⁹⁶, principalmente la emitida por la propia SCJN, que obliga a todas las autoridades jurisdiccionales del país sin distingo alguno, obligatoriedad que se extiende a la misma SCJN.⁶⁹⁷

Del texto de los preceptos señalados en el párrafo precedente, la SCJN sostiene que las interpretaciones y consideraciones jurídicas que hacen los órganos judiciales establecidos expresamente por la ley generan obligatoriedad a todas las autoridades jurisdiccionales inferiores, en el sentido de que estos tienen que acatar dichas interpretaciones y consideraciones para dilucidar un punto de derecho que se suscite en un caso concreto, semejante a aquél que originó la formación de la jurisprudencia.⁶⁹⁸

La misma ejecutoria sostiene que la jurisprudencia es, en relación con los órganos a los que obliga, de naturaleza similar a las normas jurídicas, es decir, de observancia general; cuando una decisión jurisdiccional es declarada formalmente obligatoria para las decisiones futuras, desempeña exactamente el mismo papel que la ley. La misma ejecutoria aclara que la obligatoriedad de la jurisprudencia no implica la derogación de una ley por poder diverso del legislativo.⁶⁹⁹

Igualmente, en la ejecutoria se afirma que, aun cuando no existe disposición específica en la CPEUM que determine en forma clara la obligatoriedad que tienen los órganos jurisdiccionales del país de acatar la jurisprudencia emitida por la SCJN, dicha obligación puede inferirse de la

⁶⁹⁶ “Artículo 217. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. La jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente. La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito. La jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.”

⁶⁹⁷ Foja 26 de la ejecutoria.

⁶⁹⁸ Fojas 28 y 29 de la ejecutoria.

⁶⁹⁹ Foja 29 de la ejecutoria.

interpretación del párrafo décimo del artículo 94 de la misma CPEUM⁷⁰⁰, a partir del cual la SCJN llega a lo siguiente:

La esfera de la obligatoriedad de la jurisprudencia a que se refiere el artículo 94 constitucional transcrito, precisa que únicamente la podrán dictar la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Pleno y Salas), los Plenos de Circuito y los Tribunales Colegiados de Circuito, y quedan fuera del círculo el resto de las autoridades; de manera que, la jurisprudencia por ellos emitida es de carácter inobjetable para todos los tribunales de la república, sujetos a su jerarquía o cuyos actos pueden ser sometidos a sus respectivas jurisdicciones.

“En efecto de la disposición reproducida se advierte la obligatoriedad de la jurisprudencia de los tribunales del Poder Judicial de la Federación, entre ellos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los términos de la ley secundaria, la Ley de Amparo; por esa razón si bien un órgano de grado inferior estaría en posibilidad de declarar inconvencional un precepto secundario del orden jurídico nacional, no es posible admitir que ello también corresponda respecto de una jurisprudencia para él obligatoria, sobre todo porque si bien, la porción normativa del numeral constitucional citado no contiene una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano reconocido y cualquiera que sea su fuente, si contempla una referencia expresa de que la jurisprudencia, en este caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de conformidad con la Ley de Amparo señalada, es obligatoria, tal como se indica.”⁷⁰¹

Posteriormente, la ejecutoria trae a colación el octavo párrafo del artículo 94 constitucional⁷⁰², a partir del cual determina que la existencia de jurisprudencia de la SCJN torna inoperantes las inconformidades que abordan aspectos dilucidados en ella, por ser insoslayable y de aplicación inexcusable; dado que, al existir jurisprudencia al respecto, con su aplicación se da respuesta al tema integral de fondo. Se sostiene además, que la obligación plasmada en el artículo constitucional, concordante con el artículo 217 de la Ley

⁷⁰⁰ Foja 29 de la ejecutoria. Para Ulises Schmill dicha porción normativa establece el *principio de obligatoriedad de la jurisprudencia*, en Schmill Ordóñez, Ulises, *El sistema de la Constitución Mexicana*, op. cit. 2014, p. 228. Véase supra nota 559. La disposición constitucional establece lo siguiente: “Artículo 94. (...) La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución.”

⁷⁰¹ Foja 31 de la ejecutoria.

⁷⁰² La porción normativa referida dispone lo siguiente: “El Pleno de la Suprema Corte de Justicia estará facultado para expedir acuerdos generales, a fin de lograr una adecuada distribución entre las Salas de los asuntos que compete conocer a la Corte, así como remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito, para mayor prontitud en el despacho de los asuntos, aquéllos en los que hubiera establecido jurisprudencia o los que, conforme a los referidos acuerdos, la propia Corte determine para una mejor impartición de justicia. Dichos acuerdos surtirán efectos después de publicados.”

de Amparo, en atención igualmente a los principios que rigen el juicio de amparo, obliga a todas las autoridades jurisdiccionales a aplicar la jurisprudencia emitida por la SCJN; situación que no pugna con las facultades de los jueces de Distrito para declarar inconstitucional una norma o su incompatibilidad con derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales en un caso concreto.⁷⁰³

El entendimiento que tiene la SCJN de la obligatoriedad de la jurisprudencia la lleva a concluir lo siguiente:

“...por lo que no existiría ninguna razón lógica, para que los mismos determinen inaplicar la misma, so pretexto de control de convencionalidad; porque si bien es cierto que están obligados a inaplicar los preceptos normativos que vulneren derechos fundamentales contemplados en la Constitución Federal o en los Tratados Internacionales ratificados por México, lo anterior no implica que se pueda pasar por alto la obligación constitucional y legal que tienen como autoridad de aplicar la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre todo porque admitir que un órgano de menor jerarquía pueda revisar un criterio obligatorio que se dio como resultado de un ejercicio hermenéutico del contenido de una norma que, en el caso concreto, atendía un derecho humano previsto constitucional y convencionalmente relacionado con la presunción de inocencia que se decía conculcada por la disposición normativa que prevé el delito de contrabando presunto, determinando que no lo vulneraba, sería tanto como permitir distorsionar la certeza y la seguridad jurídica que genera la definición del tema vía jurisprudencia del ente dotado de facultades constitucionales para establecer la última palabra.”⁷⁰⁴

A petición de los ministros Pérez Dayán⁷⁰⁵ y Sánchez Cordero, en el proyecto este criterio se hizo extensivo a la jurisprudencia que emiten los

⁷⁰³ Fojas 32 y 33 de la ejecutoria.

⁷⁰⁴ Fojas 33 y 34 de la ejecutoria.

⁷⁰⁵ En su intervención en la sesión de 14 de octubre de 2014, el ministro Pérez Dayán sostuvo lo siguiente: “En esa medida y, desde luego, esto no modificaría en nada el apoyo que tengo por el proyecto, creo que alcanzaría una justificación irrefutable si en las consideraciones que venían caminando con una cierta tónica hasta la hoja veintinueve, pudieran seguir considerando los otros dos sistemas de producción jurisprudencial, como son los que derivan de los Plenos de Circuito y los tribunales colegiados, para que, si bien, la conclusión de la tesis pudiera no incluirlos, pues no es el tema a contradicción, sí apuntar que este Tribunal Pleno comparte que todas estas ideas son aplicables tanto a su jurisprudencia, como la de estos referidos órganos, esto es, Plenos de Circuito y tribunales colegiados. Y no habría razón para suponer algo diferente, las explicaciones y justificaciones que aquí se contienen alcanzan y prevalecen tanto para la jurisprudencia de esta Corte, como para la de éstos otros órganos, de suerte que, si a mi manera de entender, el proyecto en esta suerte de explicación atajara que estos sistemas también están cubiertos por esta prevención, desde luego, ya podríamos asegurar que con la contradicción de tesis 299/2013, el problema ha quedado resuelto en cualquiera de sus posibles

Plenos de Circuito y los Tribunales Colegiados de Circuito ya que, en términos del artículo 94 de la CPEUM y 217 de la Ley de Amparo, la misma es obligatoria en el caso de los Plenos de Circuito para los tribunales y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas, tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente; y también en el caso de los Tribunales Colegiados para los mismos órganos, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados.⁷⁰⁶

Ahora bien, al abordar el tema desde la perspectiva del principio *pro persona*, la ejecutoria sostiene que su determinación no implica que se desatienda el compromiso adquirido de ejercer un control de convencionalidad bajo la perspectiva de dicho principio, toda vez que en el caso de que los tribunales colegiados adviertan que una jurisprudencia de la SCJN pudiera resultar inconvencional, se puede acudir al procedimiento de sustitución de jurisprudencia⁷⁰⁷ o la solicitud de facultad de atracción⁷⁰⁸, que permitirían a la

vertientes, tratándose de los sujetos legitimados constitucionalmente para producir como órganos terminales, criterios de interpretación obligatoria, esto es, no sólo las jurisprudencias derivadas de este Tribunal Pleno y de sus Salas, sino las de los Plenos de Circuito y de los tribunales colegiados, no podría ser motivo de control de convencionalidad por ninguno de los órganos obligados por sus contenidos...” Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 14 de octubre de 2014, en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-11-04/14oct2014_0.pdf, (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2014).

⁷⁰⁶ Foja 34 de la ejecutoria.

⁷⁰⁷ El procedimiento de solicitud de sustitución de jurisprudencia se encuentra reconocido en el artículo 94 de la Constitución Federal previamente transcrito, así como en el artículo 230 de la Ley de Amparo, mismo que establece las reglas para la citada sustitución y que consiste en las siguientes: Artículo 230. La jurisprudencia que por reiteración o contradicción establezcan el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como los Plenos de Circuito, podrá ser sustituida conforme a las siguientes reglas: I. Cualquier tribunal colegiado de circuito, previa petición de alguno de sus magistrados, con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podrán solicitar al Pleno de Circuito al que pertenezcan que sustituya la jurisprudencia que por contradicción haya establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse. Para que los Plenos de Circuito sustituyan la jurisprudencia se requerirá de las dos terceras partes de los magistrados que lo integran. II. Cualquiera de los Plenos de Circuito, previa petición de alguno de los magistrados de los tribunales colegiados de su circuito y con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podrán solicitar al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o a la sala correspondiente, que sustituya la jurisprudencia que hayan establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse. La solicitud que, en su caso, enviarían los Plenos de Circuito al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o a la sala correspondiente, debe ser aprobada por la mayoría de sus

propia SCJN determinar si su jurisprudencia no resulta apegada al marco de derechos humanos surgido a partir de la RCDH.

Además, sostiene la ejecutoria, si se permitiera hacer un control de convencionalidad sobre una jurisprudencia, se estaría dejando de observar el artículo 217 de la Ley de Amparo; y en consecuencia, una interpretación de esa naturaleza no podría realizarse sino desvirtuando e incluso anulando el sistema de creación jurisprudencial establecido en dicho precepto legal, incurriéndose en una contradicción normativa que no se actualiza con el control de convencionalidad, que se haga sobre preceptos legales reglamentarios pero no sobre la interpretación de la norma sin que se toque la obligatoriedad legal que

integrantes. III. Cualquiera de las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, previa petición de alguno de los ministros que las integran, y sólo con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podrán solicitar al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que sustituya la jurisprudencia que haya establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse. La solicitud que, en su caso, enviaría la sala correspondiente al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deberá ser aprobada por la mayoría de sus integrantes. Para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustituya la jurisprudencia en términos de las fracciones II y III del presente artículo, se requerirá mayoría de cuando menos ocho votos en pleno y cuatro en sala. Cuando se resuelva sustituir la jurisprudencia, dicha resolución no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los que se hayan dictado las sentencias que la integraron, ni la que se resolvió en el caso concreto que haya motivado la solicitud. Esta resolución se publicará y distribuirá en los términos establecidos en esta Ley.

⁷⁰⁸ La facultad de atracción de la SCJN se encuentra prevista en el artículo 107, fracciones V último párrafo; y, VIII, inciso b), segundo párrafo de la CPEUM, mismos que disponen lo siguiente: “Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:(...) V. El amparo contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio se promoverá ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente de conformidad con la ley, en los casos siguientes:(...) La Suprema Corte de Justicia, de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, del Fiscal General de la República, en los asuntos en que el Ministerio Público de la Federación sea parte, o del Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, podrá conocer de los amparos directos que por su interés y trascendencia así lo ameriten.(...) VIII. Contra las sentencias que pronuncien en amparo los Jueces de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito procede revisión. De ella conocerá la Suprema Corte de Justicia: (...)b) Cuando se trate de los casos comprendidos en las fracciones II y III del artículo 103 de esta Constitución. La Suprema Corte de Justicia, de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, del Fiscal General de la República, en los asuntos en que el Ministerio Público de la Federación sea parte, o del Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, podrá conocer de los amparos en revisión, que por su interés y trascendencia así lo ameriten.” A foja 36 de la ejecutoria el proyecto sostiene nuevamente que “mediante la solicitud de ejercicio de la facultad de atracción, sería posible que la Suprema Corte conociera de la posible inconstitucionalidad o inconvencionalidad de su jurisprudencia, por lo cual, en dicho sentido, también resultaría inconducente e innecesaria su inaplicación por órganos de menor grado.”

está en la norma de la propia Ley de Amparo.⁷⁰⁹ Para concluir el análisis, la ejecutoria sostiene lo siguiente a fojas 35 y 36:

“En resumen, el análisis efectuado no implica que puedan existir criterios que, atendiendo al nuevo orden constitucional en materia de derechos humanos, sean contrarios al amplio catálogo de derechos reconocidos e integrados al marco de regulación constitucional a partir de la reforma constitucional a que se ha hecho referencia; sin embargo si la autoridad jurisdiccional no logra salvar la convencionalidad de la jurisprudencia, ésta debe plantear su duda de inconvencionalidad ante los órganos jurisdiccionales competentes, en este caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por los medios legales previstos en la propia ley, así este Máximo Tribunal en plenitud de jurisdicción podrá, en su caso, apartarse de los criterios jurisprudenciales emitidos por ella misma.

“Conforme a todo lo anterior, se concluye que la jurisprudencia emitida por este Máximo Tribunal, no puede ser sometida a un control de convencionalidad por cualquier órgano jurisdiccional de menor jerarquía, porque la propia ley prevé mecanismos cuando se estime que la misma no resulta acorde al nuevo modelo de control de regularidad constitucional de derechos humanos surgido a partir de la reforma de diez de junio de dos mil once, para sustituirla, además de enfatizarse que la misma es obligatoria en términos de lo dispuesto en la Constitución Federal, así como en la propia normatividad en cita. Además, porque el admitir que un órgano de menor jerarquía pueda revisar un criterio obligatorio que se dio como resultado de un ejercicio hermenéutico del contenido de una norma que, en el caso concreto, atendía a un derecho humano previsto constitucional y convencionalmente, sería tanto como permitir, se reitera, distorsionar la certeza y la seguridad jurídica que genera la definición del tema vía jurisprudencia del ente dotado de facultades constitucionales para establecer la última palabra.”⁷¹⁰

Desde nuestra perspectiva, de la resolución a la contradicción de tesis 299/2013 pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- 1) Que la jurisprudencia es *similar* a las normas jurídicas, es decir que no es una norma jurídica;
- 2) Que la jurisprudencia de la SCJN no puede ser sometida a un control de convencionalidad por un órgano de menor jerarquía, porque la propia ley de amparo prevé mecanismos para su modificación cuando se estime; y
- 3) Que el principio de seguridad jurídica, salvaguardado a través del sistema de creación jurisprudencial, debe prevalecer sobre el principio pro persona previsto en el artículo 1º constitucional.

Como se ve, lo resuelto por la SCJN en la contradicción de tesis 299/2013 representa el entendimiento que tiene dicho órgano jurisdiccional en

⁷⁰⁹ Fojas 35 y 36 de la ejecutoria.

⁷¹⁰ Fojas 36 y 37 de la ejecutoria.

torno al sistema de control de constitucionalidad en México a partir del 2011, los alcances interpretativos del principio *pro persona* y, en consecuencia, la teoría constitucional de la SCJN en torno a los alcances del control de constitucionalidad en México y el lugar de los derechos humanos en el nuevo paradigma constitucional.⁷¹¹

En relación con el primer punto, contrario a lo sostenido por la SCJN, la jurisprudencia establecida por dicho tribunal, si bien no tiene el carácter de ley sí tiene la calidad de norma jurídica y de fuente del derecho en el orden jurídico mexicano⁷¹². Así, el tratadista Hans Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho* ha establecido que “un tribunal, en especial, un tribunal de última instancia, puede estar facultado no sólo para producir con sus sentencias normas obligatorias individuales, válidas para el caso presente, sino también normas generales. Así pasa cuando la sentencia judicial crea un llamado precedente”.⁷¹³

Para profundizar más en lo anterior, debemos comenzar reconociendo que en la doctrina mexicana, la mayoría de las definiciones y estudios de la

⁷¹¹ Sostienen José Ramón Cossío y Roberto Lara Chagoyán que “ante todo este nuevo panorama, surge naturalmente la pregunta que constituye el centro de gravedad del presente asunto: ¿la obligación de ejercer el control *ex officio* de constitucionalidad y/o convencionalidad abarca también la jurisprudencia? Es decir: ¿las autoridades judiciales pueden cuestionar –y eventualmente inaplicar– la jurisprudencia obligatoria? Lo anterior supone que debemos determinar si una autoridad judicial incumple con las obligaciones que imponen los artículos 1º y 133 constitucionales cuando inaplica una jurisprudencia, no obstante que ésta es obligatoria en los términos de la Ley de Amparo, ya sea en su vigencia anterior (artículos 192 y 193 de la Ley abrogada) o en su actual vigencia (artículos 217 y 228 de la Ley vigente). Este planteamiento no es baladí, porque de hecho representa una de las consecuencias previsibles de un nuevo modelo de control constitucional que, como se ha dicho, pone el énfasis en los derechos humanos más que en otros factores...” Cossío Díaz, José Ramón y Lara Chagoyán, Roberto “¿Derechos humanos o jurisprudencia infalible?”, en *Revista Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 32, enero-junio de 2015, p. 87, en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/6084/8025> (fecha de consulta: 1 de abril de 2016).

⁷¹² Sobre el valor normativo de la jurisprudencia véase De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, op. cit. p. 284 y ss., Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, op. cit., p.129 y ss. De Silva Carlos, “La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho”, en: Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 1998, p. 137 y ss., Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 16a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Editorial Porrúa, 2009, p. 258. Aguiló Regla entiende la jurisprudencia como el “conjunto de sentencias judiciales...Cuando se habla de jurisprudencia se ve entonces a las sentencias no sólo como meros documentos en los que se declara el Derecho existente, ni como meras fuentes de normas individuales, sino como un conjunto de documentos del que se pueden extraer o inferir normas jurídicas generales”

⁷¹³ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., p. 258.

jurisprudencia se encuentran referidos a la que se establece mediante resoluciones pronunciadas en juicios de amparo⁷¹⁴. Igualmente, existe una corriente dentro del pensamiento jurídico en México que rechaza el carácter de norma jurídica de la jurisprudencia y es precisamente en esa línea de pensamiento en la que se ha colocado la SCJN, tal como se desprende de diversos criterios durante la Séptima y Novena Época del Semanario Judicial de la Federación, mismos que nos permitimos transcribir a continuación:

“JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE LA. SU APLICACION NO ES RETROACTIVA. Es inexacto que al aplicarse la jurisprudencia fijada por esta Cuarta Sala de conformidad a lo dispuesto por el artículo 192 de la Ley de Amparo, y formada con posterioridad a la fecha del acto reclamado en el juicio de garantías, y que interpreta la ley que rige a dicho acto, se viole en perjuicio del quejoso el principio contenido en el artículo 14 constitucional, en el sentido de prohibir la aplicación retroactiva de la ley, ya que la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente a la que está en vigor, sino sólo es la interpretación de la voluntad del legislador. La jurisprudencia no crea una norma nueva, sino únicamente fija el contenido de una norma preexistente. En consecuencia, si la jurisprudencia sólo es la interpretación de la ley que la Suprema Corte de Justicia de la Nación efectúa en determinado sentido, y que resulta obligatoria por ordenarlo así las disposiciones legales expresas, su aplicación no es sino la misma de la ley vigente en la época de realización de los hechos que motivaron el juicio laboral del que dimana el acto reclamado en el juicio de garantías.”⁷¹⁵

Un criterio más reciente es el establecido por el Pleno de la SCJN en la tesis de jurisprudencia P./J. 145/2000 del Pleno de la SCJN, cuyo rubro y texto son del tenor siguiente:

⁷¹⁴ De Silva Nava, Carlos, *La Jurisprudencia. Creación jurisdiccional del derecho*, op. cit., p. 145. El mismo autor sostiene que esta tendencia de la literatura jurídica mexicana “obedece tanto a razones históricas como de derecho positivo. Desde el establecimiento de la jurisprudencia en el siglo XIX hasta mediados del XX, el único órgano del brazo judicial facultado para crearla era la Suprema Corte de Justicia de la Nación; fue a partir de las reformas a la Constitución y a la Ley de Amparo en vigor a partir de 1968, que se facultó para el efecto a los Tribunales Colegiados de Circuito. Si no la totalidad, la gran mayoría de los criterios jurisprudenciales se han producido con motivo de la decisión de temas de amparo, aunque en la actualidad existen otros procedimientos constitucionales en que la Suprema Corte puede sentar jurisprudencia (artículo 105, fracciones II y III de la Constitución) y también otros órganos jurisdiccionales que cuentan con la facultad jurisprudencial, como es el caso de los tribunales contencioso-administrativos, aunque sus criterios ceden a los establecidos por jurisprudencia de la Suprema Corte y los Tribunales Colegiados de Circuito, dado que éstos normalmente se producen en el orden constitucional y porque, además, la Corte y los Colegiados ejercen jurisdicción sobre los contenciosos administrativos...”

⁷¹⁵ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, volumen 121-126, quinta parte, p. 129.

“JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. La Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, al sentar jurisprudencia, no sólo interpretan la ley y estudian los aspectos que el legislador no precisó, sino que integran a la norma los alcances que, sin estar contemplados claramente en ella, se producen en una determinada situación; sin embargo, esta "conformación o integración judicial" no constituye una norma jurídica de carácter general, aunque en ocasiones llene las lagunas de ésta, fundándose para ello, no en el arbitrio del Juez, sino en el espíritu de otras disposiciones legales, que estructuran (como unidad) situaciones jurídicas, creando en casos excepcionales normas jurídicas individualizadas, de acuerdo a los principios generales del derecho, de conformidad con lo previsto en el último párrafo del artículo 14 constitucional; tal y como se reconoce en el artículo 94, párrafo sexto, de la Constitución Federal, así como en los numerales 192 y 197 de la Ley de Amparo, en los que se contempla a la interpretación de las normas como materia de la jurisprudencia. Ahora bien, tomando en consideración que la jurisprudencia es la interpretación que los referidos tribunales hacen de la ley, y que aquélla no constituye una norma jurídica nueva equiparable a la ley, ya que no cumple con las características de generalidad, obligatoriedad y abstracción, es inconcuso que al aplicarse, no viola el principio de irretroactividad, consagrado en el artículo 14 constitucional.”⁷¹⁶

Para Carlos de Silva Nava, sostener que la jurisprudencia no puede ser considerada como ley (norma general), ya que únicamente consiste en la interpretación de ésta última, implica el desconocimiento o negación de la función creadora del ejercicio de la jurisdicción y produce una visión incompleta de la figura de la jurisprudencia. Sostiene el autor:

“(…) Si se considera que el ejercicio de la función jurisdiccional tiene una función creadora de derecho, y que las resoluciones jurisdiccionales, aunque con efectos relativos o limitados constituyen normas jurídicas individualizadas, por mayoría de razón debe estimarse que la jurisprudencia que se da como consecuencia de esas normas es también norma jurídica, en el supuesto en que el derecho positivo le otorgue ese carácter de obligatoria, tal como acontece con el sistema jurídico mexicano”.⁷¹⁷

“(…)

“La categoría que de norma general y abstracta tiene la jurisprudencia, que se produce con cierta autonomía respecto de la norma interpretada, se pone de manifiesto en el siguiente ejemplo: si una tesis de jurisprudencia, al interpretar una ley –proposición normativa- le atribuye el contenido “A”, ello significa que en el orden jurídico de que se trate, al menor para la solución de conflictos mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, existe una ley que tiene precisamente ese contenido, pues en virtud de la propia tesis han quedado excluidos todos los otros posibles contenidos de la proposición normativa; si esa tesis de jurisprudencia es

⁷¹⁶ Tesis P./J. 145/2000, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XII, diciembre de 2000, p. 16.

⁷¹⁷ De Silva Nava, Carlos, *La Jurisprudencia. Creación jurisdiccional del derecho*, op. cit., p. 152.

interrumpida, la misma ley podrá tener tantos contenidos como intérpretes o aplicadores, pues, en ese momento, no existe una norma que de manera obligatoria establezca como válido exclusivamente alguno de los posibles contenidos; si con posterioridad se establece una nueva tesis de jurisprudencia que a la misma ley le atribuya el contenido “B”, ello significa que en ese orden jurídico ya no existe, o si se quiere, ha dejado de existir una norma con el contenido “A”, pero sí existe otra con el contenido “B”. Si el ejemplo se considera adecuado, debe necesariamente concluirse en que la jurisprudencia tiene la capacidad de alterar o modificar el orden normativo y no solamente la de interpretar o integrar ese orden.”⁷¹⁸

Una aproximación similar a la expuesta por de Silva Nava es la de Cossío Díaz y Lara Chagoyán quienes, partiendo de la distinción igualmente de la distinción entre disposición y norma⁷¹⁹, llegan a la conclusión de que no existe impedimento para que la jurisprudencia emitida por la SCJN sea objeto de control de constitucionalidad y/o convencionalidad. Los autores sostienen lo siguiente:

“Si se tiene en cuenta esta distinción, entonces, en realidad los criterios jurisprudenciales no son otra cosa que normas, porque es precisamente a través de estos criterios jurisprudenciales que se le atribuye un significado a algún enunciado normativo. A través del proceso judicial de creación de jurisprudencia se determinan las normas del sistema jurídico en aquellos casos en que haya dudas sobre el significado de algún enunciado normativo.

“(…)

“Tener en cuenta la fenomenología de la interpretación que se ha apuntado ayuda a reforzar la tesis de que los jueces tienen permitido inaplicar los criterios jurisprudenciales. Esto es así porque tales criterios constituyen la explicitación de normas...”⁷²⁰

Efectivamente, si se considera el contenido del artículo 1º constitucional, específicamente en la parte relativa al principio *pro persona*, entre los objetivos de dicho principio se encuentra el de “señalar la norma aplicable en caso de

⁷¹⁸ *Ibid.* pp. 152-153

⁷¹⁹ Para Guastini por ejemplo “la disposición constituye el objeto de la actividad interpretativa, y la norma, su resultado. La disposición es un enunciado del lenguaje de las fuentes sujeto a interpretación y todavía por interpretar. La norma es una disposición interpretada y, de ese modo, reformulada por el intérprete: es un enunciado del lenguaje de las fuentes sujeto a interpretación y todavía por interpretar. La norma es una disposición interpretada y, de ese modo, reformulada por el intérprete: es un enunciado del lenguaje de éstos. La distinción, como se ha dicho, es consecuencia necesaria del hecho de que entre las disposiciones y las normas no se da una correspondencia biunívoca”. Guastini, Ricardo, *Estudios sobre interpretación jurídica*, op. cit. p. 11.

⁷²⁰ Cossío Díaz, José Ramón y Lara Chagoyán, Roberto “¿Derechos humanos o jurisprudencia infalible?”, en op. cit., pp. 95-97.

antinomias, y con independencia de su posición jerárquica⁷²¹, de lo anterior se extrae que en caso de colisión entre dos normas jurídicas se debe preferir aquella que ofrezca una protección más amplia de los derechos humanos.

En relación con el segundo argumento del criterio sustentado por la SCJN, relativo a que la jurisprudencia no puede ser sometida a control en virtud de que la propia ley de amparo prevé mecanismos para su interrupción cuando se estime necesario, es decir, que la inaplicación de la jurisprudencia transgrediría el sistema relativo a su obligatoriedad.

Desde nuestra perspectiva, dicho argumento parte de un mal entendimiento de los alcances del control difuso de constitucionalidad y/o convencionalidad existente en el orden jurídico mexicano ya que, si bien los mecanismos previstos en la Ley de Amparo para la modificación, sustitución o interrupción de una jurisprudencia tienen efectos generales, de ninguna forma resulta incompatible con la inaplicación que eventualmente llegue a realizar un tribunal inferior en el caso concreto.

Debe recordarse que tal como ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina⁷²², los efectos de una resolución que en ejercicio de control difuso inaplica una norma jurídica por considerarla contraria a la CPEUM únicamente tiene efectos *inter partes*, lo cual se ajusta con el pensamiento de John Marshall al resolver el caso *Marbury vs. Madison* a través del cual se “evita que los jueces hagan declaraciones de vigencia normativa, permitiendo en cambio que actúen con decisiones de inaplicabilidad en los casos concretos donde intervienen.”⁷²³.

⁷²¹ Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma.*, op. cit., p. 130.

⁷²² Kelsen, Hans, “El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana.”, trad. de Domingo García Belaunde, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2009, Núm. 12, Julio-Diciembre, pp. 9-15., Cappelletti, Mauro, “La justicia constitucional”, en *Obras*, op. cit., pp. 99-100. Gozaini, Osvaldo Alfredo, *Tratado de derecho procesal constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2015, Tomo I, pp. 160-165

⁷²³ Gozaini, Osvaldo Alfredo, *Teoría de la sentencia constitucional*, México, Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2015, Núm. 114, p. 248

La doctrina norteamericana ha sostenido que en una decisión de inaplicación de una norma deben considerarse dos cuestiones: la primera consistente en que la decisión da reconocimiento judicial a lo que ya establecía la Constitución; y la segunda, que esa decisión solamente surge de una problemática entre particulares y por tanto dicha decisión no invalida la norma, sino que solamente afecta el caso particular.⁷²⁴

En este sentido, resulta claro que el argumento de la SCJN parte de una confusión en cuanto a los efectos de una sentencia dictada en ejercicio de control difuso de constitucionalidad, aunado a que no existe imposibilidad técnica para que dicho control coexista (como ha coexistido en el caso de las leyes) con otros sistemas de control que se puedan ejercer respecto a la jurisprudencia de la SCJN⁷²⁵. Aceptar lo resuelto por la SCJN tendría como consecuencia aceptar igualmente que el control difuso de constitucionalidad de la ley es incompatible con el sistema de creación de leyes, ya que la misma

⁷²⁴ Sostiene Tribe lo siguiente: "Plainly, these two perspectives correlate closely with the twin assumptions underlying judicial review. The first approach emphasizes what is supposed to be a corollary of the fact of unconstitutionality itself: the Constitution operates of its own force; it is only judicial recognition of this fact which might be delayed. The second approach focuses on the fact that a finding of unconstitutionality comes in the context of adjudication; the result of a judgment of unconstitutionality is not the invalidation of a statute, but the resolution of a particular dispute between particular parties. Equally plainly, therefore, an appropriate resolution of the question of the effect of a judgment of unconstitutionality would be one which acknowledges both that such a judgment involves the statement of a constitutional norm and that the norm is, in the end, stated in an adjudicatory context. Tribe, Laurence, *American constitutional law*, 3a ed., Foundation Press, Nueva York, 2000, pp. 213-216.

⁷²⁵ Cossío Díaz, José Ramón y Lara Chagoyán, Roberto "¿Derechos humanos o jurisprudencia infalible?", en *op. cit.*, p. 103. Para los autores el argumento de la SCJN sólo puede aceptarse "si a su vez se incurre en una confusión al equiparar los efectos de una inaplicación con los efectos de una interrupción general de la obligatoriedad de la jurisprudencia, lo cual no debe ocurrir. Para no incurrir en esta confusión es indispensable realizar algunas precisiones. El efecto que aquí se propone que tenga la inaplicación de la jurisprudencia es únicamente el de no aplicarla en un caso concreto, no el de interrumpir su obligatoriedad de manera general. Ambos mecanismos son perfectamente compatibles, ya que una jurisprudencia puede ser obligatoria a pesar de que en ciertos casos, por resultar inconvencional o inconstitucional, puede no aplicarse, si así lo considera un órgano judicial competente para ello, y esta inaplicación puede al final considerarse correcta o incorrecta por el órgano de revisión competente. Pero una jurisprudencia obligatoria puede dejar de serlo de manera general si se sigue para ello el procedimiento de sustitución, establecido en el artículo 230 de la Ley de Amparo vigente."

CPEUM lo prevé en el apartado F del artículo 72⁷²⁶ o con la declaratoria general de inconstitucionalidad prevista en el artículo 107 fracción II, tercer párrafo⁷²⁷.

Finalmente, en relación con el tercer punto resuelto por la SCJN, debemos partir de la premisa de que, en tanto principios, la seguridad jurídica y el criterio interpretativo *pro persona* son graduables y el reconocimiento de uno no debe entenderse jamás como un sacrificio total del otro, sino que ambos deben colaborar⁷²⁸ para lograr sus fines dentro de un Estado constitucional de derecho, a saber, la optimización en el reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos.

En primer lugar, es importante precisar que al reconocerle a la jurisprudencia el carácter de una norma jurídica general que recoge la interpretación y aplicación realizada por órgano jurisdiccional respecto de una disposición sobre derechos humanos, y que a su vez resulta obligatoria para todos los jueces sobre los cuales ejerce jurisdicción, debe reconocerse a su vez que dicha norma jurídica es susceptible de ser objeto del principio *pro persona* y por tanto de su inaplicación.

La doble dimensión de la jurisprudencia, en tanto que constituye una norma jurídica obligatoria para los jueces inferiores y al mismo tiempo recoge

⁷²⁶ Artículo 72. Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose la Ley del Congreso y sus reglamentos respectivos, sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones (...) F. En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación.

⁷²⁷ Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes: I. (...) II. (...) Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

⁷²⁸ Esto es lo que Habermas llama el problema de la racionalidad en la administración de justicia, el cual consiste en “que la aplicación de un derecho surgido contingentemente pueda hacerse de forma internamente consistente y fundamentarse externamente de modo racional, para asegurar simultáneamente la seguridad jurídica y la rectitud o corrección normativas”, en: Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez...*, op. cit. p. 268.

una interpretación de una disposición de derecho humano realizada por un determinado órgano jurisdiccional, no es obstáculo para la aplicación del principio *pro persona*, sino un desenvolvimiento especial del mismo, en tanto que el juez constitucional deberá aplicar el principio *pro persona* en su directriz de preferencia normativa así como en su directriz de preferencia interpretativa. Dicha aplicación del principio *pro persona* permitirá al juez constitucional acudir directamente a la disposición de derecho humano para, reinterpretándola, resolver el caso concreto, de tal manera que se optimice el ejercicio del derecho humano en cuestión.

En este contexto, debe considerarse factible reconocer que la optimización en el ejercicio de dichos derechos y/o la expansión de su ámbito protector es un constante proceso que no puede culminar con la interpretación de una disposición de derecho humano, realizada por el órgano cúspide dentro de la jerarquía judicial de un determinado ordenamiento jurídico, sino que se debe atender al ejercicio de los jueces que día a día resuelven los casos que se hacen de su conocimiento.

Lo anterior implica tener en cuenta el carácter abierto y la carga axiológica de una norma de derecho humano, y al mismo tiempo reconocer la facultad de todos los jueces constitucionales para interpretar las normas de derechos humanos que están llamados a garantizar; de ésta forma la tarea del juez constitucional se separa de la concepción del juez autómatas aplicador de *jurisprudencias* y su labor se constituye como un elemento esencial en el constante proceso de optimización del ejercicio de los derechos humanos.

Sin embargo, aludir al hecho de que las decisiones de los jueces constitucionales, en las que se interpretan y aplican derechos humanos, son elementos de un proceso de constante optimización del ejercicio de dichos derechos, nos obliga a adicionar al concepto de seguridad jurídica en su dimensión de certeza del derecho, una dimensión sustancial de certeza en la directriz optimizadora de derechos que debe guiar la labor jurisdiccional, la

cuestión aquí planteada es desarrollada por Habermas en los siguientes términos:

“La seguridad jurídica, que descansa en el reconocimiento de expectativas de comportamiento unívocamente condicionadas, representa, por tanto, ella misma un principio que en cada caso ha de sopesarse contra otros principios. La postulada teoría del derecho posibilita a cambio de ello decisiones correctas (para cada caso la «única decisión correcta») que garantizan la seguridad jurídica en un plano distinto. Los derechos procedimentales garantizan a toda persona jurídica la pretensión a un procedimiento *fair*, el cual no garantiza seguridad de resultado, pero sí la clarificación discursiva de todas las cuestiones de hecho y de derecho que resulten pertinentes. Así, los afectados pueden contar con que en el procedimiento no resulten decisorias para el fallo del juez cualquiera razones, sino sólo razones relevantes. Si consideramos el derecho vigente como un sistema normativo idealmente coherente, esta seguridad jurídica dependiente del proceso puede satisfacer las expectativas de una comunidad jurídica preocupada por su integridad, orientada por principios, de suerte que a cada uno le queden garantizados los derechos que le asisten.”⁷²⁹.

Este entendimiento del principio de seguridad jurídica nos permite acercarnos a la compatibilidad entre la jurisprudencia obligatoria y la aplicación del principio *pro persona*, aunque no resulta suficiente, ya que la convivencia entre ambos principios requiere de, por lo menos, los siguientes requisitos:

- 1) Una carga argumentativa reforzada para el juez que decide inaplicar una jurisprudencia emitida por la SCJN y en general por cualquiera de los órganos facultados para emitirla, justificando la elección de otra norma o una interpretación más favorable en comparación con la elaborada con la jurisprudencia de la cual pretende apartarse⁷³⁰ y;
- 2) Un sistema recursal que permita al tribunal superior (incluso aquél que emitió el criterio jurisprudencial) evaluar los argumentos del juez inferior y de no admitirlos revocar dicha sentencia.

⁷²⁹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez...*, *op. cit.* p. 291.

⁷³⁰ Como lo establece Alexy, “Es posible que un caso sea igual a otro anteriormente decidido en todas las circunstancias relevantes, pero que sin embargo se desee decidir de otra manera porque, entre tanto, ha cambiado la valoración de estas circunstancias...En esta situación surge como cuestión de principio la exigencia del respeto al precedente, admitiendo el apartarse de ellos, pero endosando en tal caso la carga de la argumentación a quien quiera apartarse. Rige entonces pues el principio de inercia perelmaniano que exige que una decisión sólo puede ser cambiada si puede aducirse razones suficientes para ello.” En Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, *op. cit.* pp.377-378.

En lo que se refiere a la carga argumentativa, se debe partir del hecho de que el principio *pro persona* no se encuentra exento de límites en su aplicación, en atención a su coexistencia con los diversos principios que informan el orden jurídico mexicano entre los que podemos contar el principio de seguridad jurídica⁷³¹, por lo que su aplicación respecto de la jurisprudencia emitida por su superior jerárquico debe ser justificable con razones jurídicas⁷³². Por consiguiente, no basta ignorar la *jurisprudencia* obligatoria, sino que se requiere justificar que la interpretación o disposición de derecho humano que se va a utilizar, para resolver el caso concreto, optimiza el ejercicio de los derechos humanos a favor de los participantes en el proceso.⁷³³

Criterio similar al expuesto en el párrafo anterior ha sido adoptado por la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-284/15, donde se sostuvo lo siguiente:

“6.2.3. Ahora bien, las exigencias de seguridad jurídica y de trato igual no son absolutas si se considera que ello implicaría, entre otras cosas, desconocer la autonomía judicial, la necesidad de ajustar el derecho a las nuevas realidades sociales o la importancia de corregir yerros en la interpretación y aplicación del derecho. Es por eso que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado, por ejemplo, que resulta posible introducir cambios de precedente bajo la condición de cumplir exigentes cargas argumentativas, como forma de armonizar la autonomía judicial y el principio de igualdad. Igualmente ha

⁷³¹ En este sentido se ha pronunciado la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al establecer que la aplicación del principio *pro persona* no implica que los jueces dejen de observar “los diversos principios constitucionales y legales -legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada-, o las restricciones que prevé la norma fundamental” en la tesis No. de Registro 2006485, PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. SU CUMPLIMIENTO NO IMPLICA QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES, AL EJERCER SU FUNCIÓN, DEJEN DE OBSERVAR LOS DIVERSOS PRINCIPIOS Y RESTRICCIONES QUE PREVÉ LA NORMA FUNDAMENTAL., [J.]; 10a. Época; Segunda Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro VI, Mayo de 2014, Tomo 2; Pág. 772.

⁷³² Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, op. cit. p.382.

⁷³³ Desde una perspectiva de confrontación del principio de igualdad vs. la independencia judicial López Medina sostiene que “la doctrina del precedente en Colombia obliga a los jueces a que respeten el precedente tanto horizontal (sus propios fallos) como vertical (los fallos de la jurisprudencia de las altas cortes). El principio de independencia judicial, sin embargo, los autoriza a apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes. Pero el apartarse está severamente condicionado a ofrecer una justificación suficiente y adecuada del motivo que los lleva a apartarse del precedente.” En López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, 2da. ed, Colombia, Legis, 2006, p.206

establecido que en algunos eventos pueden evitarse los efectos de la cosa juzgada, tal y como ello ocurre en los casos en los cuales se produce una variación del parámetro de control o sobreviene un cambio radical en el significado de la Constitución como consecuencia de variaciones económicas, sociales, políticas y culturales de una comunidad.”⁷³⁴

En relación con lo anterior, debe existir a su vez, un sistema efectivo que permita revocar la sentencia del juez que inaplicó la *jurisprudencia* obligatoria en aplicación del principio *pro persona*, este sistema recursal por un lado reconoce la jerarquía inevitable entre órganos jurisdiccionales en un ordenamiento jurídico⁷³⁵, pero al mismo tiempo contribuirá a la interacción entre el tribunal que se separa de la *jurisprudencia* y su superior jerárquico (incluso aquél que haya emitido el criterio jurisprudencial); esta interacción permitirá al superior verificar los argumentos esbozados por el inferior en materia de derechos humanos y de los criterios para su protección.

En el caso mexicano, resulta evidente que esta segunda cuestión se surte a través del juicio de amparo, mismo que resulta procedente en contra de los actos y omisiones de las autoridades que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección en la CPEUM, así como en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.⁷³⁶

⁷³⁴ Demanda de inconstitucionalidad. Sentencia C-284/15 de 13 de mayo de 2015. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-284-15.htm> (Documento web), Fecha de Consulta: 15 de septiembre de 2016.

⁷³⁵ Debe considerarse que uno de los factores institucionales que influyen en los precedentes es la organización de las Cortes, como lo expone Michele Taruffo; “en todo sistema legal la organización de las Cortes influye en la naturaleza y el uso de los precedentes al menos de dos formas: 1) determina qué Cortes pueden crear precedentes, cómo se crean los precedentes y lo que es un precedente; 2) determina como se usan los precedentes por las Cortes y por otras personas, en particular por los abogados practicantes. Así pues, el contenido y eficacia de un precedente están conectados con la estructura de la judicatura, el lugar de las diversas Cortes dentro de su estructura y con las funciones desarrolladas por las Cortes Supremas, y por las otras Cortes también, en los distintos sistemas legales. 1.1 La jerarquía de las Cortes es la característica organizacional que parece ser común a cada sistema moderno de justicia.” Véase Taruffo, Michele, “Factores institucionales que influyen en los precedentes”, en MacCormick, Neil y Summers, Robert, *La interpretación del precedente. Un estudio comparativo*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2016, p. 407.

⁷³⁶ Artículo 103 fracción I de la CPEUM.

Derivado de lo anterior, puede sostenerse que en aquellos casos en que un órgano jurisdiccional como lo son los tribunales unitarios, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y de la Ciudad de México, tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales, al resolver un asunto inapliquen una jurisprudencia emitida por el Pleno de la SCJN, por cualquiera de sus Salas, por los Plenos de Circuito o por los tribunales colegiados de circuito, dicha resolución podrá impugnarse a través del juicio de amparo directo en términos del artículo 170 fracciones I y II de la Ley de Amparo.⁷³⁷

En caso de que sean los juzgados de distrito o los tribunales unitarios quienes al resolver un amparo indirecto decidan inaplicar una jurisprudencia emitida por los órganos facultados para crearla, dicha resolución puede ser revisada a través del recurso de revisión previsto en el artículo 81 fracción I de la Ley de Amparo.⁷³⁸

⁷³⁷ Artículo 170. El juicio de amparo directo procede: I. Contra sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, ya sea que la violación se cometa en ellos, o que cometida durante el procedimiento, afecte las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo. Se entenderá por sentencias definitivas o laudos, los que decidan el juicio en lo principal; por resoluciones que pongan fin al juicio, las que sin decidirlo en lo principal lo den por concluido. En materia penal, las sentencias condenatorias, absolutorias y de sobreseimiento, podrán ser impugnadas por la víctima u ofendido del delito. Para la procedencia del juicio deberán agotarse previamente los recursos ordinarios que se establezcan en la ley de la materia, por virtud de los cuales aquellas sentencias definitivas o laudos y resoluciones puedan ser modificados o revocados, salvo el caso en que la ley permita la renuncia de los recursos. Cuando dentro del juicio surjan cuestiones sobre constitucionalidad de normas generales que sean de reparación posible por no afectar derechos sustantivos ni constituir violaciones procesales relevantes, sólo podrán hacerse valer en el amparo directo que proceda contra la resolución definitiva. Para efectos de esta Ley, el juicio se inicia con la presentación de la demanda. En materia penal el proceso comienza con la audiencia inicial ante el Juez de control; II. Contra sentencias definitivas y resoluciones que pongan fin al juicio dictadas por tribunales de lo contencioso administrativo cuando éstas sean favorables al quejoso, para el único efecto de hacer valer conceptos de violación en contra de las normas generales aplicadas. En estos casos, el juicio se tramitará únicamente si la autoridad interpone y se admite el recurso de revisión en materia contencioso administrativa previsto por el artículo 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El tribunal colegiado de circuito resolverá primero lo relativo al recurso de revisión contencioso administrativa, y únicamente en el caso de que éste sea considerado procedente y fundado, se avocará al estudio de las cuestiones de constitucionalidad planteadas en el juicio de amparo.

⁷³⁸ Artículo 81. Procede el recurso de revisión: I. En amparo indirecto, en contra de las resoluciones siguientes: a) Las que concedan o nieguen la suspensión definitiva; en su caso, deberán impugnarse los acuerdos pronunciados en la audiencia incidental; b) Las que modifiquen o revoquen el acuerdo en que se conceda o niegue la suspensión definitiva, o las que nieguen la revocación o modificación de esos autos; en su caso, deberán impugnarse los acuerdos pronunciados en la audiencia correspondiente; c) Las que decidan el incidente de

Por otra parte, en caso de que sean los propios tribunales colegiados quienes al resolver un amparo directo inapliquen una jurisprudencia emitida por la SCJN por considerarla contraria a una norma constitucional o convencional, dicha resolución también podrá ser objeto de análisis a través del recurso de revisión previsto en el artículo 81 fracción II de la Ley de Amparo, cuestión que incluso ha sido reconocida por la Primera Sala de la SCJN en la tesis 1a. CXXXIX/2014 (10a.), misma que dispone lo siguiente:

“AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN. ES PROCEDENTE CUANDO EL TRIBUNAL COLEGIADO INAPLICA UNA JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. La jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene carácter obligatorio y debe ser acatada y aplicada a todos los casos concretos que se adecuen al supuesto que la misma contemple. Lo anterior tiene como finalidad el preservar la unidad en la interpretación de las normas que conforman el orden jurídico nacional, fijando su verdadero sentido y alcance. En tal sentido, la jurisprudencia cumple la función de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica. Además, la obligatoriedad de la jurisprudencia también persigue dar vigencia al artículo 1o. constitucional, en su vertiente de igualdad en la aplicación de la ley, esto es, en el deber de aplicar la misma solución jurídica a casos sustancialmente iguales. Por tanto, debe ser procedente el recurso de revisión cuando el tribunal colegiado sustenta en la sentencia recurrida un criterio contrario a una jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que con ello se transgreden los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley.”⁷³⁹

Si bien es cierto que el criterio transcrito pareciera traer como consecuencia la posibilidad de un «diálogo jurisprudencial», lo cierto es que en principio la inaplicación de la jurisprudencia se encuentra prohibida como consecuencia de lo resuelto en la contradicción de tesis 299/2013 y por tanto a lo máximo que se aspira es a determinar que el tribunal colegiado carecía de facultades para realizar el control de convencionalidad respecto de la jurisprudencia emitida por la SCJN y no al análisis de los argumentos de fondo que la llevaron a tal inaplicación por lo que no existe posibilidad de un verdadero «diálogo jurisprudencial».

reposición de constancias de autos; d) Las que declaren el sobreseimiento fuera de la audiencia constitucional; y e) Las sentencias dictadas en la audiencia constitucional; en su caso, deberán impugnarse los acuerdos pronunciados en la propia audiencia.

⁷³⁹ Tesis 1a. CXXXIX/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 5, tomo I, abril de 2014, p. 789.

Sin embargo, a pesar de lo expuesto en el párrafo precedente, queda claro que, desde una perspectiva procesal, el sistema admite la posibilidad de revisar las resoluciones en las que un órgano jurisdiccional inaplique la jurisprudencia emitida por los órganos legitimados para crearla, por lo que no es dable argumentar que existiría una anarquía en el sistema de impartición de justicia en si se permite a los tribunales desobedecer una jurisprudencia obligatoria. A este respecto José Ramón Cossío y Roberto Lara Chagoyán han expuesto lo siguiente:

“... La maximización de la decisiones correctas dependerá de un escenario institucional apropiado para la toma de decisiones que propicien el diálogo, la pluralidad de puntos de vista y, en general la deliberación razonable de cara a construir el consenso necesario para tomar decisiones correctas. El sistema escalonado de revisión con el que cuenta nuestro sistema jurídico, concretamente, el sistema de control concentrado, parece cumplir con estas exigencias.”⁷⁴⁰

La interacción entre jueces aquí propuesta y que se ve obstaculizada mediante lo resuelto por la SCJN en la contradicción de tesis 299/2013, atiende a una vertiente del llamado «diálogo jurisprudencial», fenómeno que ha sido estudiado por la doctrina con especial énfasis en la interacción entre Cortes Supremas y los Tribunales Internacionales⁷⁴¹, pero cuyos desarrollos pueden constituir una guía eficaz para abordar el problema que aquí nos planteamos. De esta forma debemos partir del reconocimiento de que cualquier “diálogo induce

⁷⁴⁰ Los mismos autores sostienen lo siguiente: “... Como hemos dicho, de acuerdo con la tesis positiva no es posible limitar de antemano el pronunciamiento de una decisión con base en derechos, a menos que se niegue el carácter accesible de los derechos, por constituir entidades de razón pública universal; sin embargo, las decisiones al respecto pueden ser sometidas a revisión por algún órgano y, necesariamente, en algún momento debe haber una decisión final al respecto. Al igual que sucede con las normas legislativas, la revisión de las inaplicaciones de la jurisprudencia obedecería a la lógica de los propios medios de impugnación del sistema, tanto ordinarios como de control constitucional. Esto quiere decir que eventualmente los propios órganos emisores de la jurisprudencia inaplicada podrían revisar ese ejercicio de inaplicación. Consecuentemente, a fin de que no se incurriera en un mero juego circular, tendría que diseñarse un sistema escalonado de revisión en que el revisor de la inaplicación fuera siempre un órgano jerárquicamente superior, con lo cual se reduciría considerablemente esa circularidad (...)” Cossío Díaz, José Ramón y Lara Chagoyán, Roberto “¿Derechos humanos o jurisprudencia infalible?”, en *op. cit.*, p. 98 a 101.

⁷⁴¹ A respecto el Profesor Pegoraro considera que: “La dottrina ha segnalato come la circolazione delle soluzioni giuridiche (e dei principi e delle idee) avvenga oggi in larga misura per via giurisprudenziale, grazie soprattutto all’apporto delle corti costituzionali e delle corti internazionali o transnazionali” en: Pegoraro, Lucio, *Diritto Costituzionale Comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, Bononia University Press, 2014, p.242.

tanto el acuerdo como la oposición, tanto la contradicción o la discordia como el acuerdo, la concordia o la aprobación”⁷⁴².

De conformidad con lo anterior, nos encontraríamos en presencia de lo que Víctor Bazán ha denominado *diálogo jurisprudencial crítico*⁷⁴³ para explicar las interacciones entre Cortes Supremas y Tribunales Internacionales, y cuya conveniencia explica en los siguientes términos:

“...es preciso insistir en la conveniencia de que se intensifique un *diálogo jurisprudencial crítico tangible y efectivo, no etéreo*, entre la Corte IDH y los respectivos órganos de cierre de la justicia constitucional de los Estados que integran el esquema interamericano. Ello, con la finalidad de que no sólo éstos acaten los estándares exegéticos labrados por el Tribunal interamericano, sino que a su vez, éste tenga en cuenta las observaciones y sugerencias que puedan partir de las jurisdicciones constitucionales nacionales, en aras del fortalecimiento progresivo del sistema tutelar e derecho fundamentales en nuestra área regional.”⁷⁴⁴.

Aplicando los anteriores postulados a los jueces de menor jerarquía a la SCJN, el principio *pro persona* que implica el control de regularidad sobre la *jurisprudencia* obligatoria, permitiría al juez inferior exponer los razonamientos por los cuales considera que su criterio de interpretación y aplicación de una disposición de derecho humano optimiza el ejercicio de un derecho fundamental en comparación con el recogido por la *jurisprudencia* obligatoria, lo anterior en atención de su reconocimiento como elemento funcional dentro del proceso de construcción de un sistema óptimo de protección de los derechos humanos, reconociendo desde luego la posibilidad de revocar la sentencia del juez constitucional inferior pero posteriormente a saber los fundamentos y motivos que lo llevaron a actuar de ese modo.

⁷⁴² Burgorgue-Larsen, Laurence. “La formación de un derecho constitucional a través del diálogo judicial”, en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa.*, México, Editorial Porrúa-UNAM, 2012, p. 29-30.

⁷⁴³ Bazán, Víctor. “Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso, (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, *op. cit.*, p. 569-598.

⁷⁴⁴ *Ibid.* p. 597.

Este entendimiento del principio *pro persona* y las posibilidades de aplicación que aquí se plantean no deben ser vistas como un efecto nocivo en la protección de los derechos humanos, así lo precisa Víctor Bazán al desarrollar el tema en relación con la jurisprudencia emitida por la CoIDH donde considera lo siguiente: “Así como tenemos que aprender a respetar la jurisprudencia interamericana, debemos acostumbrarnos a la idea de poder criticar su línea y funcionamiento sin que esto sea visto como conspirar contra el afianzamiento y la mejora del esquema interamericano de protección de derechos humanos.”⁷⁴⁵.

Por otro lado, esta aplicación del principio *pro persona* respecto de la jurisprudencia obligatoria emitida por tribunales superiores no es más que otra forma de explicar la dinámica de los procesos seguidos ante los tribunales judiciales; lo anterior en el sentido de que a pesar de que exista un criterio emitido por un tribunal superior, los litigantes insisten vertiendo en sus demandadas argumentos contrarios a dicho criterio hasta que el juez inferior desobedece el criterio jurisprudencial sustentado por el superior y una vez que la sentencia del A quo es revisada por el Superior se evaluará si el nuevo criterio es jurídicamente válido o si reitera su rechazo⁷⁴⁶.

⁷⁴⁵ *Ibid.* p. 591.

⁷⁴⁶ En México resulta ilustrativo el ejemplo del juicio de amparo contra leyes fiscales cuando se estiman violatorias de los principios de proporcionalidad y equidad que imperó a finales del siglo XIX; a respecto Genaro Góngora Pimentel explica lo siguiente: “La decisión adoptada por Vallarta aún cuando se tomó por los tribunales y por la Suprema Corte de Justicia, no impidió que distintos gobernados continuaran impugnando la desproporcionalidad e inequidad en los impuestos. Las inconformidades en comento se manifestaron por la vía del amparo aún cuando tales principios no se encontraban en la primera sección de la Constitución de 1857.” Posteriormente el autor analiza diversos amparos donde no se sigue el criterio sustentado por la Suprema Corte por ejemplo el Amparo promovido ante el Juzgado de Distrito de Oaxaca por Valeriano Regules, contra el gobierno del Estado (1881), donde “el estudio realizado por el juez no se pronuncia sobre la procedencia e improcedencia del amparo y al referirse a la proporcionalidad manifiesta que ésta es violada cuando el impuesto supera las necesidades del Estado... de lo anterior, se observa que el juez realizó un ejercicio de interpretación de la fracción II, del artículo 31 constitucional que no adopta las ideas que previamente se habían tomado en la Suprema Corte de Justicia” lo que dio pie a la revocación de dicha sentencia. No es hasta 1925 que la Suprema Corte cambia el criterio a raíz del amparo de Aurelio Maldonado, resultando relevante destacar que durante casi 50 años los gobernados siguieron insistiendo en la impugnación de leyes fiscales a pesar del criterio contrario sentado por la Suprema Corte, lo que en algunos casos llevaba a los jueces a desarrollar excepciones a la jurisprudencia obligatoria. Véase Góngora Pimentel, Genaro David, *La lucha por el amparo fiscal. Evolución del artículo 31, fracción IV, constitucional, en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la*

Consideramos que los requisitos aquí desarrollados constituyen un punto de partida para hacer convivir tanto el principio de seguridad jurídica como el principio *pro persona*, de tal manera de que la única forma en que el juez constitucional pueda apartarse de los criterios jurisprudenciales obligatorios y de esta forma desatender al requisito de previsibilidad de su actuación que impone el principio de seguridad jurídica, sea mediante la justificación de la optimización de un derecho humano susceptible de revisión por el superior jerárquico.

Los efectos del criterio objeto de análisis, derivado de la contradicción de tesis 299/2013, pueden advertirse en la tesis aislada 2a. CII/2016 (10a.)⁷⁴⁷ emitida por la Segunda Sala de la SCJN, misma que dispone lo siguiente:

“JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SUJETARSE A CONTROL CONSTITUCIONAL. Si bien la institución de la jurisprudencia prevista en el décimo párrafo del artículo 94 de la Constitución Federal supone que su aplicación y vigencia es inmutable hasta en tanto no se sustituya el supuesto normativo al que se refiere por uno nuevo, lo cierto es que ello no conlleva desconocer la jerarquía existente entre los diversos órganos del Poder Judicial de la Federación, que están legitimados para emitir jurisprudencia, en el cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación se encuentra en la cúspide. Bajo este orden, concebida la jurisprudencia como el resultado de la función y desempeño de la labor interpretativa y jurisdiccional del Alto Tribunal, sus decisiones y sentencias no pueden sujetarse a control constitucional, ya que estimar lo contrario implicaría contrariar la naturaleza de sus resoluciones como "definitivas e inatacables", lo que resultaría adverso al artículo 61, fracción II, de la Ley de Amparo. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como máximo órgano de control de la regularidad constitucional y convencional de los actos emitidos por las autoridades en el ejercicio de sus atribuciones y como garante primordial del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no es susceptible de sujetarse a control constitucional; desconocer lo anterior significaría ejercitar un medio de control de regularidad sobre otro más, esto es, si a través de un juicio de amparo o de un recurso de revisión se plantea la inconstitucionalidad de una jurisprudencia emitida por el Alto Tribunal, ello implicaría un contrasentido, ya que con el pretexto de analizar su supuesta inconstitucionalidad lo que en realidad se pretende es modificar una decisión ejecutoriada, la cual goza además de las características de ser definitiva e inatacable. Aunado a lo anterior, permitir que los quejosos impugnen la constitucionalidad de un criterio jurisprudencial del Máximo Tribunal, implicaría también una violación a los principios de certeza y seguridad jurídica, ya que lejos de dar congruencia y claridad al contenido de la

Nación (principios de proporcionalidad y equidad tributarios), 2da. ed., México, Editorial Porrúa, 2010, p.33-157.

⁷⁴⁷ Tesis 2a. CII/2016, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 35, tomo I, octubre de 2016, p. 928.

Ley de Amparo, se contravendría su mandato, generando una sensación de inestabilidad e incertidumbre para los justiciables, pues los órganos jurisdiccionales obligados a aplicarla podrían, incluso, desconocer su contenido ante la inexistencia de una resolución definitiva e inatacable, circunstancia que además fue definida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia P./J. 64/2014 (10a.) (*), en el sentido de que la jurisprudencia que emita no es susceptible de someterse a control de constitucionalidad y/o convencionalidad ex officio, por órganos jurisdiccionales de menor jerarquía. Por tanto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá potencializar la aplicación de la interpretación más favorable a las personas, sin que ello signifique el desconocimiento de sus atribuciones como máximo intérprete del texto constitucional, ni de las reglas de admisibilidad o de procedencia del juicio de amparo y de los recursos respectivos.”

Al resolver el amparo directo en revisión 7/2015 del cual deriva la tesis precedente, la Segunda Sala de la SCJN estudió un argumento del recurrente en el que se hizo valer la inconstitucionalidad del artículo 217 de la Ley de Amparo, es decir, aquel que determina la obligatoriedad de la jurisprudencia emitida por la SCJN, en sus consideraciones dicho órgano jurisdiccional sostuvo lo siguiente para declarar infundados los argumentos planteados:

“En esa virtud, no es posible argumentar que la jurisprudencia que genera e integra este Alto Tribunal en uso de sus facultades de garante del texto constitucional y de contralor de la regularidad constitucional y convencional de los actos que emiten las diversas autoridades que integran el Estado mexicano, sea susceptible de violar los derechos humanos de las personas, habida cuenta que sus resoluciones son definitivas e inatacables, máxime cuando se trate de un criterio en el que se interpreta un dispositivo Constitucional.

“Por tanto, el referido artículo 217 de la Ley de Amparo resulta acorde con el texto constitucional, pues el hecho de que no se permita a las personas impugnar el texto de alguna jurisprudencia que, a su parecer, resulte inconstitucional o inconvencional, obedece a que las resoluciones de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación son definitivas e inatacables, pues lo contrario implicaría aplicar un control constitucional sobre otro previo, circunstancia que es inadmisibles, pues se atentaría contra los principios de seguridad y certeza jurídica; además, atendiendo al carácter dinámico de la jurisprudencia sí es posible que este Alto Tribunal interrumpa o incluso sustituya un determinado criterio jurisprudencial por uno nuevo, en el que en el supuesto de no estar frente a una restricción constitucional, será posible optar por la interpretación que resulte más favorable a las personas.

“Por lo antes expuesto, se estima que no le asiste la razón al recurrente en el que hace valer la inconstitucionalidad de los artículos 81, fracción II y 217 de la Ley de Amparo.”

De esta forma resulta evidente que, con su decisión, la SCJN nuevamente obstaculiza el desarrollo de un «diálogo jurisprudencial» entre los distintos órganos jurisdiccionales del país, así como entre estos y la CoIDH ya que las decisiones de ésta última en su carácter de intérprete de la CADH, tampoco podrán servir como argumento para la inaplicación de la jurisprudencia emitida por la SCJN. En este contexto, debe concluirse que lo resuelto por la SCJN en la contradicción de tesis 299/2013 constituye una clara contradicción con lo resuelto en el segundo tema de la contradicción de tesis 293/2011 relativo al carácter vinculante de la jurisprudencia de la CoIDH.

Para explicar lo anterior debe recordarse lo resuelto en dicho criterio y que consiste en lo siguiente:

“Así, no debe entenderse el carácter vinculante de los criterios interamericanos en un sentido fuerte, es decir, como un lineamiento que constriña a los jueces internos a resolver aplicando indefectiblemente el estándar sentado por la Corte Interamericana, pasando por alto, incluso, los precedentes del Poder Judicial de la Federación. Por el contrario, esta obligatoriedad debe entenderse como una vinculación a los operadores jurídicos internos a observar en sus resoluciones un estándar mínimo, que bien podría ser el interamericano o el nacional, dependiendo cuál sea el más favorable a las personas. En todo caso, lo importante será que la inaplicación de un criterio jurisprudencial, nacional o interamericano, se *justifique atendiendo a la aplicación de otro que resulte más favorecedor a la persona.*”⁷⁴⁸

Como se expuso en páginas anteriores de la presente investigación, la expuesto por la SCJN reconoce en principio la posibilidad a favor de los operadores jurídicos, “de inaplicar un criterio jurisprudencial”, independientemente de que el mismo sea emitido por un tribunal nacional o por la CoIDH, pero siempre justificando que el criterio aplicado resultará más favorecedor a la persona; lo anterior en atención al principio *pro persona* reconocido en el artículo 1º constitucional.

Sin embargo, al resolver la contradicción de tesis 299/2013, la SCJN rechaza dicha posibilidad al sostener que la infalibilidad de su jurisprudencia y su

⁷⁴⁸ Foja 58 de la Ejecutoria de la contradicción de tesis 293/2011

negativa a que sobre la misma se ejerza cualquier tipo de control difuso de constitucionalidad y/o conveniconalidad, lo que evidentemente tiene como consecuencia la imposibilidad de que un tribunal o juez inferior prefiera una jurisprudencia de la ColDH, aun atendiendo a la “aplicación de otro que resulte más favorecedor a la persona”, de esta forma, en detrimento del contexto pluralista descrita en páginas anteriores, la SCJN se auto asume como última (y única instancia) de solución de controversias en materia de derechos humanos,⁷⁴⁹ tal vez temiendo la llamada “rebelión de los jueces inferiores contra sus superiores”.⁷⁵⁰

⁷⁴⁹ Recuérdese lo sostenido por la Segunda Sala de la SCJN al resolver el amparo directo en revisión 7/2015: “no es posible argumentar que la jurisprudencia que genera e integra este Alto Tribunal en uso de sus facultades de garante del texto constitucional y de contralor de la regularidad constitucional y convencional de los actos que emiten las diversas autoridades que integran el Estado mexicano, sea susceptible de violar los derechos humanos de las personas, habida cuenta que sus resoluciones son definitivas e inatacables, máxime cuando se trate de un criterio en el que se interpreta un dispositivo Constitucional.”

⁷⁵⁰ La frase es utilizado por Francisco Fernández Segado al explicar el papel de los jueces nacionales como jueces comunitarios, donde sostiene que “el “control de comunitariedad” encomendado a los Jueces ha provocado por otra parte, como recuerda el propio Ruiz-Jarabo, lo que se ha dado en llamar “la rebelión de los Jueces inferiores contra sus superiores”, porque, consciente de que las decisiones de los Tribunales de última instancia no permitirían asegurar (sic.) plenamente la aplicación íntegra del Derecho comunitario en el orden jurídico, el Tribunal de Justicia invita a “todo Juez nacional competente” a inaplicar “por su propia autoridad” cualquier ley estatal, incluso posterior, incompatible con el Derecho comunitario.” Fernández Segado, Francisco, “El Juez Nacional como Juez Comunitario Europeo. Sus consecuencias constitucionales” *Revista Peruana de Derecho Público, Administrativo y Constitucional*, año 5, no. 9, julio-diciembre de 2004, p. 26.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Derivado del análisis de los antecedentes legislativos que dieron origen a la RCDH, se puede apreciar que las iniciativas son claras en cuanto a la intención de reconocimiento de rango constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos celebrados por el Estado Mexicano. Lo anterior se desprende con mayor claridad del dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados de 14 de diciembre de 2010 en el que se destaca que el fortalecimiento de los derechos humanos requiere de la armonización del texto constitucional con las normas internacionales y se plantea como objetivo garantizar la más alta jerarquía y eficacia normativa a los instrumentos internacionales de derechos humanos dentro del orden jurídico mexicano, lo cual tuvo como resultado al actual texto del artículo 1º de la CPEUM, siendo la doctrina coincidente con el nivel constitucional reconocido a los tratados internacionales.

Aunado a lo anterior, a fin de armonizar el texto constitucional y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, el mismo precepto constitucional incorpora los principios *pro persona* y de interpretación, también con la intención de garantizar de manera más efectiva los derechos humanos reconocidos en la CPEUM y en los tratados internacionales de celebrados por el Estado mexicanos. Lo anterior constituye un cambio sustancial en el entendimiento del sistema de fuentes del derecho en México, en tanto la relación entre normas constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos no será de carácter jerárquico y en caso de colisión entre normas deberá atenderse al principio de interpretación *pro persona*.

SEGUNDA. Con la resolución del Caso Radilla por el Pleno de la SCJN, utilizando las nuevas herramientas normativas previstas en el artículo 1º constitucional (jerarquía normativa, principio *pro persona*, interpretación conforme), se modifica el sistema de control de constitucionalidad de carácter mixto imperante en el orden jurídico mexicano, a través del cual sólo los órganos

del Poder Judicial de la Federación conocían de la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos a través del juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad. Para lo cual la SCJN abandona el criterio jurisprudencial imperante que partía de la interpretación del artículo 133 de la CPEUM y se reconoce a favor de todos los jueces del país la facultad de ejercer un control de constitucionalidad y/o de convencionalidad respecto de los actos de los poderes públicos.

TERCERA. El análisis de los artículos 1º y 15º de la CPEUM nos permite concluir que existe una modificación en el sistema de fuentes del derecho en México ya que los derechos humanos de fuente internacional se constituyen en parámetro de control de regularidad constitucional del resto de las normas del ordenamiento jurídico

En el contexto del sistema interamericano de derechos humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos forma parte del parámetro de regularidad de los actos de los poderes públicos, por lo que, atendiendo a las conclusiones anteriores, los jueces nacionales adquieren el carácter de jueces constitucionales y jueces interamericanos.

CUARTA. La calidad de juez interamericano y por consiguiente de intérpretes de la CADH, obliga a los jueces nacionales a tomar en consideración los criterios emitidos por la CoIDH en su carácter de máximo intérprete del instrumento internacional referido, independientemente de que dicho criterio sea emitido en ejercicio de su función contencioso o de su función consultiva, e incluso si el Estado Mexicano no formó parte del proceso del cual deriva la jurisprudencia respectiva.

Para concluir lo anterior debe atenderse a la distinción entre disposición o enunciado normativo y norma elaborada por la teoría del derecho, según la cual mientras que la primera hace referencia al texto, la segunda se refiere al significado de dicha disposición o enunciado normativo. Es decir que las

disposiciones de derechos humanos contenidas en un tratado internacional requieren, para su positividad de la interpretación que efectúa el órgano encargado de su aplicación, que en el caso de la CADH será la propia CoIDH.

En conclusión, la fuerza normativa de los pronunciamientos de la CoIDH en el orden jurídico mexicano se encuentra ligada a la posición que la CPEUM le ha reconocido a los derechos emanados de dicho instrumento internacional, por lo que en su carácter de interprete auténtico y último de la CADH, las resoluciones de dicho órgano jurisdiccional constituyen el *corpus iuris* que determina el alcance y significado del conjunto de disposiciones a las que la propia CPEUM les ha reconocido rango constitucional.

De lo hasta aquí expuesto se concluye que para la plena efectividad de la RCDH, se requiere que los jueces nacionales desarrollen un «diálogo jurisprudencial» con la CoIDH cuando en el ejercicio de sus funciones pretendan aplicar una disposición contenida en la CADH, es decir cuando ejerzan el control de convencionalidad respecto de los actos de los poderes públicos.

QUINTA. Tanto el fenómeno de la globalización económica como la universalización de los derechos constituyen los presupuestos necesarios del «diálogo jurisprudencial» ya que en primer lugar el nuevo constitucionalismo del mundo globalizado, se caracteriza por la ausencia de la tradicional norma última claramente identificable y, con ello, además, por la no existencia de una jurisdicción última que resolviera la cuestión, por lo que la efectividad de los derechos se encuentra en un constante desarrollo que se da a través de la interacción entre las distintas jurisdicciones llamadas a aplicar una misma disposición.

Por lo que respecta a la «universalidad» de los derechos humanos y el «diálogo jurisprudencial», la relación entre ambas categorías se da en virtud de que la interacción de los tribunales de distintas jurisdicciones parte de la premisa de que los derechos humanos son aplicables a todas las personas

independientemente del espacio; mientras que, por otro lado, dicha universalidad, en tanto proceso de mayor reconocimiento de un mismo estándar de protección de los derechos humanos también se desarrolla a través de la aplicación jurisprudencial de los derechos humanos utilizando la interpretación realizada por otras instancias protectoras de dichos derechos.

SEXTA. A partir de la RCDH nos encontramos en el contexto de pluralismo constitucional, entendido como el conjunto de ordenamientos jurídicos que interactúan cada uno con su propia constitución, pero sin que estén jerárquicamente ordenados. Se sostiene lo anterior toda vez que es a partir de la reforma al artículo 1º constitucional que a los tratados internacionales en materia de derechos humanos firmados por México se les reconoce rango constitucional, lo que tiene como consecuencia lógica el reconocimiento de que en México existe una pluralidad de ordenes normativos institucionales, cada uno con una constitución, entendida ésta última como cuerpo de normas de rango superior que establece y condiciona el ejercicio del poder político, los cuales reconocen mutuamente legitimidad el uno al otro, pero sin que se afirme la supremacía de uno sobre el otro

A través del reconocimiento de que las relaciones entre las normas constitucionales nacionales y la CADH no se guían por un criterio de jerarquía, sino por la colaboración y complementariedad; la interconexión; la coordinación; la convergencia; el entrelazamiento de normas o por la interdependencia entre ellas; la interacción; la cooperación y el mutuo aprendizaje; es que debe concluirse que, en la experiencia constitucional mexicana, nos encontramos ante un contexto de pluralismo constitucional.

Es precisamente en los escenarios de pluralismo constitucional donde resulta propio hablar de «diálogo jurisprudencial», ya que, al no existir una última instancia de solución de controversias en materia de derechos humanos, sino tantas instancias como ordenamientos estén siendo aplicados, no es posible la unidad en la interpretación. Dichas tensiones serán resueltas a través del

«diálogo jurisprudencial» que se desarrolle entre la CoIDH y los tribunales nacionales, ya sea para estar de acuerdo o discrepar, pero siempre orientados por el principio *pro persona* y en constante construcción de un *ius commune interamericano*.

SÉPTIMA. Por su parte, a partir de los principios y postulados de la hermenéutica filosófica, se puede concluir que para la realización del «diálogo jurisprudencial» es necesario que las partes que en él intervienen se reconozcan como iguales, sin lo cual no es posible que entre los participantes en este diálogo se produzcan preguntas y respuestas con sentido, en cuanto a capacidades de comprensión, argumentación y de interpretación. La idea de que la «comprensión» del derecho interno, o de nuestra Constitución, se comprende desde la comprensión de los otros sistemas jurídicos, es uno de los ejes principales sobre el que comienza a girar el debate del «diálogo jurisprudencial» resulta necesario para el desarrollo del mismo.

OCTAVA. A partir de la RCDH, el Pleno de la SCJN ha desarrollado una teoría constitucional que ha impactado negativamente en las posibilidades de diálogo entre los jueces nacionales y la CoIDH. Dicha teoría constitucional se hace patente en los pronunciamientos del Pleno de la SCJN en temas como jerarquía normativa, interpretación constitucional y sistema de control de constitucionalidad.

NOVENA. En la resolución a la contradicción de tesis 293/2011, el Pleno de la SCJN se pronuncia con respecto a la forma en que se relacionan los derechos humanos de fuente constitucional con aquellos de fuente internacional. En su decisión, se sostiene que si bien los derechos humanos no se relacionan en términos jerárquicos, en aquellos casos en que exista una restricción constitucional expresa deberá prevalecer la norma constitucional.

De dicha resolución surge la tesis P./J. 20/2014 (10a.) de rubro: DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE

REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

La teoría constitucional de la SCJN en cuanto a jerarquía normativa, deja de lado el contenido del artículo 1º constitucional, tal y como fue entendido por el propio Poder Reformador de la Constitución toda vez que, aun cuando se sostiene que los derechos humanos de fuente constitucional y de fuente internacional no se relacionan en términos de jerárquicos, se introduce una superioridad de las normas constitucionales que establecen restricciones; lo que a su vez obstaculiza el «diálogo jurisprudencial» al impedir a los jueces, en cada caso concreto, ponderar la norma a aplicar y al interpretación que de la misma haya hecho el propio Poder Judicial de la Federación o la CoIDH. En el contexto de un pluralismo constitucional, las relaciones fundadas en el diálogo requieren una teoría constitucional que reconozca, en plenitud, que entre la CPEUM y la CADH no hay una relación de carácter jerárquico, sino que dichos conflictos se deben resolver dependiendo del caso concreto, bajo las directrices el principio *pro persona* y la interpretación conforme.

Los efectos de la jurisprudencia se hacen patentes en un conjunto de pronunciamientos posteriores emitidos por las Salas de la SCJN, siendo de especial relevancia la tesis de jurisprudencia 2a./J. 119/2014 (10a) de rubro: AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE PRETENDEN LA DESAPLICACIÓN DE UNA RESTRICCIÓN, PROHIBICIÓN, LIMITACIÓN O EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL, CON APOYO EN UNA DISPOSICIÓN DE CARÁCTER CONVENCIONAL.

Con este criterio, sustentado en lo resuelto por el Pleno de la SCJN, se impide totalmente el análisis de cualquier argumento en el que se pretenda la inaplicación de una restricción, prohibición limitación o excepción constitucional, con apoyo en una disposición de carácter convencional. Esto implica, a su vez, que el juzgador se encuentra impedido a acudir al desarrollo jurisprudencial de dicha disposición de carácter convencional, lo que evidentemente obstaculizará

el «diálogo jurisprudencial» y, con ello, el diálogo hermenéutico.

DÉCIMA. En la misma contradicción de tesis 293/2011, el Pleno de la SCJN se pronunció con respecto al carácter vinculante de la jurisprudencia de la CoIDH, emitiendo la tesis de jurisprudencia de rubro P./J. 21/2014 (10a), que dispone lo siguiente: JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

En relación con el criterio sustentado, aún y cuando la ejecutoria sostiene la posibilidad de inaplicación de un criterio de la SCJN, atendiendo al principio de interpretación *pro persona*, lo cierto es que los efectos de la tesis relativa a las restricciones constitucionales y su superioridad en relación con los derechos convencionales produce sus efectos e impacta también en la aplicación de la jurisprudencia de la CoIDH y, en consecuencia, en el «diálogo jurisprudencial»; tal como se desprende de la tesis P. XVI/2015 (10a.), en la cual se determina que no obstante se haya reconocido el carácter vinculante de la jurisprudencia de la CoIDH, “si alguno de los deberes del fallo implica desconocer una restricción constitucional” debe prevalecer dicha restricción, de donde se concluye que existe una clara contradicción entre lo resuelto por el Pleno de la SCJN en materia de restricciones constitucionales y el supuesto carácter vinculante de la jurisprudencia de la CoIDH.

DÉCIMA PRIMERA. Otro de los temas que impacta directamente al «diálogo jurisprudencial» en México es el relativo a la posibilidad de ejercer un control de constitucionalidad y/o convencionalidad respecto de la jurisprudencia emitida por la SCJN, y es en la contradicción de tesis 299/2013 donde dicho órgano jurisdiccional expone su teoría en torno al sistema de control de constitucionalidad en México y los criterios de interpretación conforme y principio *pro persona*.

De la contradicción en comentó se emitió la tesis de jurisprudencia P./J. 64/2014 (10a.) derivada de la Contradicción de Tesis 299/2013, cuyo rubro es el

siguiente: JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA.

El criterio del Pleno de la SCJN parte de la premisa de que la jurisprudencia no es propiamente una norma jurídica, que la propia ley prevé mecanismos para su modificación y que el principio de seguridad jurídica debe prevalecer sobre el principio *pro persona* previsto en el artículo 1º constitucional; éste es el principio hermenéutico que justificaría la inaplicación de la jurisprudencia de la SCJN para hacer prevalecer un criterio más protector, tal como se había resuelto en la contradicción de tesis 293/2011.

Con su decisión, la SCJN nuevamente obstaculiza el desarrollo de un «diálogo jurisprudencial» entre los distintos órganos jurisdiccionales del país, así como entre éstos y la CoIDH ya que la jurisprudencia de esta última, en su carácter de intérprete de la CADH, tampoco podrán servir como argumento para la inaplicación de la jurisprudencia emitida por la SCJN. En este contexto, debe concluirse que lo resuelto por la SCJN en la contradicción de tesis 299/2013 constituye una clara discrepancia con lo resuelto en el segundo tema de la contradicción de tesis 293/2011 relativo al carácter vinculante de la jurisprudencia de la CoIDH.

DÉCIMA SEGUNDA. A partir de la teoría constitucional del Pleno de la SCJN desarrollada dentro del nuevo paradigma constitucional, dicho órgano jurisdiccional obstaculiza la realización de un verdadero «diálogo jurisprudencial crítico» entre los jueces nacionales y la CoIDH ya que ante la existencia de una restricción constitucional o una jurisprudencia de la propia SCJN, se ven impedidos para acudir a la norma (interpretada por la CoIDH) o al criterio de la CoIDH que resulte más favorable para la persona.

Esa obstaculización deriva precisamente del carácter vinculante que tiene la jurisprudencia de la SCJN en términos del artículo 217 de la Ley de Amparo, ya

que durante la vigencia de la jurisprudencia analizada en la presente investigación y por tanto de la teoría constitucional que subyace a la misma, se verán impedidos los jueces nacionales para interactuar libremente con la CoIDH.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ACOSTA Alvarado, Paola Andrea, “El pluralismo constitucional como respuesta los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica. Comentarios a la propuesta de René Urueña”, *Revista Derecho del Estado*, Colombia, No, 13, 2013.

AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, Barcelona, Editorial Ariel, 2012.

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra Editores, 2010.

-----, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 2001.

-----, “Constitucionalismo, globalización y derecho” en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (ed.), *El canon neoconstitucional*, Editorial Trotta –Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2010.

AARNIO, Aulis, *On Legal Reasoning*, Turku, Annales Universitatis Turkuensis, 1977.

ARAGÓN, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, 3ra. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013

ARTEAGA Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, 3ra. ed., México, Oxford, 2008

AYALA Corao, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Colección FUNDAp, Derecho, Administración y Política, México, 2003

-----, “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ta. ed. Tomo II, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006

-----, *Del Diálogo Jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, Núm. 72.

- BAZÁN, Víctor, "Control de convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicas y protección de los derechos humanos" *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2012, Núm. 18, Julio-Diciembre.
- , "Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso, (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, Tirant lo Blanch, 2013.
- BERNAL Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ra. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007
- BRIE, Roberto J. *Polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional El defensor de la constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*. Madrid, Editorial Tecnos, 2009.
- BRITO Melgarejo, Rodrigo, *El diálogo entre tribunales constitucionales*, México, Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2011, Núm. 49
- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. Rafael de Asís Roig, Madrid, Editorial Sistema, 1991
- , *Teoría General del Derecho*, 3ra. ed., trad. Jorge Guerrero, Bogotá, Editorial Temis, 2007.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, México, Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, Núm. 77.
- , "La formación de un derecho europeo a través del diálogo judicial" en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.) *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencia. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Editorial Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- BUSTOS Gisbert, Rafael, "Diálogos Jurisdiccionales en Escenarios de Pluralismo Constitucional: La Protección Supranacional de los Derechos en

Europa”; en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar, Arturo; *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho; Tomo IX, Derechos Humanos y Tribunales Internacionales; IIJ-UNAM, IMDPC, Marcial Pons, México 2008.

-----, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2012, Núm. 52

-----, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, Tirant lo blanch, 2013.

CABALLERO Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos en México y España*, México, Editorial Porrúa, 2009.

-----, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma.*, 2a. ed., México, Editorial Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012

-----, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, Núm. 90.

CABRALES Lucio, José Miguel, *El principio de interpretación conforme en la justicia constitucional. Teoría, práctica y propuesta en perspectiva comparada*, México, Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2015, Núm. 108.

CANCADO Trinidad, Antonio Augusto, “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-2001)” en: Gómez Isa, Felipe y Pureza, José Manuel, *La protección internacional de los derechos Humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003

CANOSA Usera, Raúl, *El control de convencionalidad*, Navarra, Editorial Civitas/Thomson Reuters, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro, “La Justicia Constitucional” en *Obras*, México, Editorial Porrúa, 2007.

CARMONA Tinoco, Jorge Ulises, “Art. 133”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada y Concordada*. Vigésima edición, México, IIJ-UNAM-Editorial Porrúa, 2009. Tomo V.

-----, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, México, Editorial Porrúa/UNAM, 2012.

CARPIZO, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, 2a. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 2002.

-----, *Temas Constitucionales*, 2da. ed., México, Editorial Porrúa-UNAM, 2003.

-----, *Estudios Constitucionales*, 8va. ed., México, Editorial Porrúa-UNAM, 2003.

-----, *La Constitución Mexicana de 1917*, 14a. ed., México, Editorial Porrúa, 2004.

-----, “¿Es acertada la probable transferencia de la función de investigación de la Suprema Corte a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos?” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, 2a. ed., México, Editorial Porrúa-UNAM, 2012

-----, *La Constitución Mexicana de 1917. Longevidad casi centenaria*, 16ª edición aumentada y actualizada, México, Editorial Porrúa, 2013.

CARBONELL, Miguel, “Los derechos en la era de la globalización”, Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (Comp.) *Estado constitucional y globalización*, 2da. edición, México, Editorial Porrúa/UNAM, 2003.

-----, *Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*, 6ta. ed., México, Editorial Porrúa, 2008.

-----, “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (ed.), *El canon neoconstitucional*, Editorial Trotta –Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2010.

-----, “Las obligaciones del Estado en el artículo 1o. de la Constitución Mexicana”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, 2a. ed., México, Editorial Porrúa-UNAM, 2012.

----- y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, México, Editorial Porrúa/UNAM, 2012.

- , *Los Derechos Fundamentales en México*, 5a. ed, México, Editorial Porrúa, 2012.
- , *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 4ta. ed., México, Editorial Porrúa-UNAM, 2008.
- CARRÉ de Malberg, Raymond, *La ley, expresión de la voluntad general. Estudio sobre el concepto de ley en la Constitución de 1875*, trad. Ignacio Massot Puey, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- CASTILLA, Karlos, “El principio *pro persona* en la administración de justicia”, en Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 20, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, enero-junio de 2009.
- , “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- , *25 años de jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: de las excepciones preliminares de 1987 a los derechos interpretados en 2012*, México, UBIJUS Editorial, 2013.
- COELLO Cetina, Rafael, “El control jurisdiccional del control difuso” *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2012, Núm. 18, Julio-Diciembre.
- COSSÍO, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, Fondo de la Cultura Económica – ITAM, México, 1997.
- , “Constitucionalismo y globalización”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (Comp.) *Estado constitucional y globalización*, 2da. edición, México, Editorial Porrúa/UNAM, 2003.
- , *Bosquejos Constitucionales*, México, Editorial Porrúa, 2004
- , *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Editorial Fontamara, 2008.
- , “La teoría constitucional en México” en Carbonell, Miguel, *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 4ta. ed., México, Porrúa, 2008.
- , *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, México, IIJ-UNAM, 2011.

- , *et. al., El Caso Radilla. Estudio y documentos.*, México, Editorial Porrúa, 2012.
- , "Primeras implicaciones del Caso Radilla", en *Revista Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 26, enero-junio de 2012.
- , *Bosquejos Constitucionales II*, México, Editorial Porrúa, 2015.
- *et. al.* "La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos. Estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011.", México, Editorial Porrúa, 2015.
- y Lara Chagoyán, Roberto "¿Derechos humanos o jurisprudencia infalible?", en *Revista Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 32, enero-junio de 2015.
- COURTIS, Christian, "El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática" en Courtis, Christian (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica.*, Editorial Trotta, Madrid, 2006
- , "Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del derecho" en Courtis, Christian (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica.*, Editorial Trotta, Madrid, 2006
- CRUZ Villalón, Pedro, *La constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta, 2004
- DE CABO Martín, Carlos, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000.
- DE OTTO Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes.*, Barcelona, Editorial Ariel, 1987.
- DE SILVA Nava, Carlos, "La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho", en: Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 1998.
- , *La Jurisprudencia. Creación jurisdiccional del derecho*, Editorial Themis, México, 2010

DE SOUSA Santos, Boaventura, *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la posmodernidad*, Bogotá, Uniandes-Siglo del Hombre Editores, 1998.

-----, "Universalismo, Contextualización Cultural y Cosmopolitismo", en, Silveira Gorski, Héctor C. (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000.

DE TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, trad. Dolores Sánchez de Aleu, Madrid, Alianza Editorial, 2002.

DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, trad. Pedro J. Tenorio Sánchez, Madrid, Cuadernos Civitas, 2010.

-----, "El diálogo entre tribunales", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, Tirant lo blanch, 2013.

DEL ROSARIO Rodríguez, Marcos, *La cláusula de supremacía constitucional. El artículo 133 constitucional a la luz de su origen, evolución jurisprudencial y realidad actual*, México, Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2011, Núm. 40.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 1984.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El Juez Nacional como Juez Comunitario Europeo. Sus consecuencias constitucionales" *Revista Peruana de Derecho Público, Administrativo y Constitucional*, año 5, no. 9, julio-diciembre de 2004.

FERRAJOLI, Luigi, "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global", en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (Comp.) *Estado constitucional y globalización*, 2da. edición, México, Editorial Porrúa/UNAM, 2003.

-----, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 7a. ed., Madrid, Editorial Trotta, 2010.

-----, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ta.ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009.

-----, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, 2da. ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009.

-----, *Principia iuris, Teoría del derecho y la democracia*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Editorial Trotta, 2011. Vol. I.

-----, *Principia iuris, Teoría del derecho y la democracia*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Editorial Trotta, 2011. Vol. II.

FERRER Mac-Gregor, Eduardo, y Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2011.

-----, "Interpretación conforme y control difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano" en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, México, Editorial Porrúa/UNAM, 2012.

-----, "Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte en la Convención Americana (res interpretata). (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, Tirant lo blanch, 2013.

FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 6ta. ed., trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2009.

FIX-ZAMUDIO, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 7a. ed., México, Editorial Porrúa-UNAM, 2010.

-----, y Valencia Carmona, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, 3ra.ed., México, Editorial Porrúa-UNAM

GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, 12a. ed., Salamanca, Ediciones Sígueme, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 4ta. ed., Navarra, Editorial Civitas, 2006

GARCÍA Pelayo, Manuel, “La idea medieval del derecho”, en: *Obras Completas*, 2da. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, Volumen II.

GARCÍA Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

-----, y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 3ra. ed., México, Porrúa, 2013

-----, “El control judicial interno de convencionalidad” en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.) *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencia. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Editorial Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

-----, y Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3ra. ed México, Editorial Porrúa-UNAM, 2015

-----, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa-UNAM, 2015

GARCÍA Roca, Javier, “El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, Tirant lo blanch, 2013.

-----, *et. al.*, “La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo.”, en García Roca, Javier, *et. al* (ed.). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Navarra, Editorial Citivas/ Thomson Reuters, 2012

GARLICKI Lech, “Conferencia introductoria: Universalism v. Regionalism? The role of the supranational dialog.”, en García Roca, Javier, *et. al* (ed.). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Navarra, Editorial Citivas/ Thomson Reuters, 2012

GIRARDI Fachin, *et. al.* “The inter-american and european context of human rights protection; a brief comparative analysis of regional court’s decisions” en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, Curitiba, vol. 61, No. 3, set./dez. 2016

- GOMES Canotilho, José Joaquim, *Teoría de la constitución*, trad. de Carlos Lema Añón, Madrid, Editorial Dykinson, 2004.
- GOMEZ Lara, Cipriano, *Teoría General de Proceso*, 10ª edición, México, Oxford University Press, 2004
- GÓNGORA Pimentel, Genaro David, *La lucha por el amparo fiscal. Evolución del artículo 31, fracción IV, constitucional, en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (principios de proporcionalidad y equidad tributarios)*, 2da. ed., México, Editorial Porrúa, 2010.
- GONZÁLEZ Morales, Felipe, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Transformaciones y desafíos*, Valencia, Tirant lo blanch, 2013.
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo, , *Tratado de derecho procesal constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2015, Tomo I.
- , *Teoría de la sentencia constitucional*, México, Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2015, Núm. 114.
- GRAHAM, James, *Teoría General de Derecho Internacional. Derecho internacional público-Derecho internacional privado*, 2ª ed. Zamanga Editores, 2014.
- GROPPI, Tania “¿Bottom up globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las Cortes Constitucionales” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2011, Núm. 16, Julio-Diciembre
- GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- GUASTINI, Riccardo, “En torno a las normas sobre producción jurídicas”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, Mayo-Agosto, núm. 89., Nueva Serie Año XXX.
- , *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5ta. ed., México, Editorial Porrúa, 2003.
- , “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano”, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- , *Estudios de teoría constitucional*, 4a. ed., trad. Miguel Carbonell, México, Fontamara, 2013

- GUDIÑO Pelayo, José de Jesús, “Lo Confuso del Control Difuso de la Constitución”, en Juventino V. Castro y Castro (coord.), *Estudios en Honor de Humberto Román Palacios.*, México, Editorial Porrúa, 2005.
- HÄBERLE, Peter, Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta, trad. Emilio Mikunda-Franco, Madrid, Editorial Tecnos, 2002.
- , “La jurisdicción constitucional en la fase actual del desarrollo del Estado Constitucional”, en: Hesse, Konrad y Häberle, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional Aleman)*, trad. Joaquín Brage Camazano, México, Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2011, Núm. 3
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*, 5ta. ed., Madrid, Editorial Trotta, 2005.
- HAMILTON, A., et. al., *El Federalista*, 2da. ed., trad. Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- HEIDEGGER, Martin, *El ser y el tiempo*, 2da. ed., México, Fondo de la Cultura Económica, 2010.
- HELD, David, “¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (Comp.) *Estado constitucional y globalización*, 2da. edición, México, Editorial Porrúa/UNAM, 2003.
- HERRERA García, Alfonso, “Jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México en 2014” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2015, Núm. 23, Enero-Junio.
- HERRERA Pérez, Jairo Enrique, “Pasado, presente y futuro de la jurisdicción interamericana de derechos humanos” en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Escalante López Sonia, *Derechos Procesal de los Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2012. Núm. 91.
- HITTERS, Juan Carlos, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 años de vigencia)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ta. ed. Tomo II, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006

- , “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa/Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2008, Julio-Diciembre, núm. 10.
- , “Los efectos en el derecho interno de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Corzo Sosa, Edgar, *et. al.* (Coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo blanch, 2013.
- , “Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2014, Núm. 22, Julio-Diciembre.
- JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- KÄGI, Werner, *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*, trad. Sergio Díaz Ricci y Juan José Reyven Madrid, Editorial Dykinson, 2005.
- KELSEN, Hans, “El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana.”, trad. de Domingo García Belaunde, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2009, Núm. 12, Julio-Diciembre.
- , “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2008, Núm. 10, Julio-Diciembre.
- , *Teoría Pura del Derecho*, 16a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Editorial Porrúa, 2009.
- , *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, 2a. ed., 3a. reimpresión, México, UNAM, 1983.
- , *Teoría General del Estado*, trad. Luis L. Lacambra, México, Ediciones Coyoacán, 2004.

- KERN, Lucian y Müller, Hans Peter, *La justicia: ¿Discurso o mercado? Los nuevos enfoques de la teoría contractualista*, trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Editorial Gedisa, 1992
- KUHN, Thomas S., *La estructura de las Revoluciones Científicas*, 3ra. ed., trad. de Carlos Solís, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- LÓPEZ Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, 2da. ed, Colombia, Legis, 2006
- LÓPEZ Sánchez, Rogelio, “Breve referencia sobre el reporte de jurisprudencia en el Poder Judicial de la Federación” en Núñez Torres, Michael G. (coord.), *El debido proceso en el derecho constitucional procesal mexicano. A la luz de la jurisprudencia y precedentes nacionales e internacionales.*, México, Bosch, 2013.
- , *Interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, 2da. ed., Editorial Porrúa, 2016
- MACCORMICK, Neil, *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European commonwealth*, OUP, Oxford, 1999.
- MARTÍN DE LA VEGA, Augusto, “En torno a la teoría de la Constitución y los nuevos contextos del constitucionalismo”, en *Estudios de Deusto*, México, núm. 2, vol. 64, julio-diciembre de 2016.
- MEDINA Mora, Alejandra, et. al. *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2015.
- MONTESQUIEU, “*Del Espíritu de las Leyes*”, 18a. ed., México, Editorial Porrúa, 2010.
- MORALES Antoniazzi, Mariela, “Protección de las personas privadas de libertad: construcción de un *ius constitutionales commune* en clave de diálogo”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, Tirant lo blanch, 2013.

NASH, Claudio, *Control de convencionalidad de la dogmática a la implementación*, México, Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, Núm. 81.

NOGUEIRA Alcalá, Humberto, "Los desafíos del control de convencionalidad del *Corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales", en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.) *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencia. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Editorial Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

-----, *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, México, UBIJUS Editorial, 2014

NUÑEZ Torres, Michael, *La capacidad legislativa del gobierno desde el concepto de institución. El paradigma Venezuela y España*, México, Porrúa, 2006.

-----, "La Pertinencia del Derecho Público Comparado dentro de la Teoría Constitucional del Institucionalismo Jurídico" en Núñez Torres, Michael G. y Enríquez Fuentes, Gastón J. (coord.), *ISOTIMIA, Revista Internacional de Teoría Política y Jurídica*, México, Editorial Porrúa, 2011, Núm. 4.

-----, "Sobre el principio del efecto directo y primacía del derecho comunitario. (Comentario a la sentencia del 24 de abril de 1990 del Tribunal Supremo español en Jurisdicción Contencioso-Administrativa)", *Revista Conocimiento y Cultura Jurídica*, FACDYC-UANL, San Nicolás de los Garza, 2ª época, Año 1, Número 1, Enero-Junio de 2007.

NÚÑEZ Vaquero, Álvaro, "Ciencia jurídica", en: Fabra Zamora, José Luis y Núñez Vaquero, Álvaro (ed.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015, Vol. 1

PEGORARO, Lucio, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, México, Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, Núm. 13.

-----, *La justicia constitucional una perspectiva comparada*, trad. de Martha León Alonso, Madrid, Editorial Dykinson S.L., 2004.

-----, Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en*

Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales, México, Tirant lo blanch, 2013.

-----, *Diritto Costituzionale Comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, Bononia University Press, 2014

PÉREZ Luño, Antonio Enrique, "Seguridad jurídica", en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, 2da ed., Madrid, Trotta, 2000

-----, *Los derechos fundamentales*, 10a. ed., Madrid, Tecnos, 2011.

PÉREZ TREMPES, Pablo, "La experiencia española de aplicación de las "Cartas" Europeas de Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, Tirant lo blanch, 2013.

PINTO, Mónica, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos.", en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.

PIOVESAN, Flávia, "Ius Constitutionale Commune Latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos" en: Von Bogdandy, Armin, et al., *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, México, Max Plank Institute for Comparative Public Law and International Law/Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, Núm. 92.

PRADO Maillard, José Luis, *Hacia un nuevo constitucionalismo*, México, Editorial Porrúa, 2006.

RABASA, Emilio, *La constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, 10a. ed., México, Editorial Porrúa, 2011.

REY MARTÍNEZ, Fernando, "Una relectura del Dr. Bonham Case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la Judicial Review", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Núm. 81, septiembre-diciembre, 2007.

RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 3ra. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, Volumen III.

-----, "El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo", en Von Bogdandy, Armin *et. al.* (coords.) *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un lus Constitutionale Commune en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-UNAM, 2011.

-----, "De la Constitución nacional a la Constitución "convencionalizada" en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2015, Núm. 24, Julio-Diciembre

SALTALAMACCHIA Ziccardi, Natalia y Covarrubias Velasco, Ana, "La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos. Antecedentes históricos". en: Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, México, Editorial Porrúa/UNAM, 2012.

SÁNCHEZ Cordero de García Villegas, Olga María del Carmen, "La tutela multinivel de los derechos fundamentales ante el nuevo paradigma constitucional" en García Villegas Sánchez Cordero, Paula M. *El control de convencionalidad y las cortes nacionales. La perspectiva de los jueces mexicanos*, México, Editorial Porrúa.

SCHMILL, Ulises, *Las fuentes del derecho*, México, Ediciones Coyoacán, 2012

-----, *El sistema de la Constitución Mexicana*, México, Themis, 2014

SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. Francisco Ayala, Madrid, Alianza Editorial, 1982

Sepúlveda, Ricardo J. "Análisis sobre los aspectos de la reforma constitucional relacionados con el ámbito internacional (asilo y refugio)" en: Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, México, Editorial Porrúa/UNAM, 2012.

SILVA García Fernando, "El impacto normativo de las sentencias internacionales sobre derechos humanos: su evolución en el orden jurídico mexicano", en

Corzo Sosa, Edgar, *et. al.* (Coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo blanch, 2013.

-----, "Derechos humanos y restricciones constitucionales: ¿Reforma constitucional del futuro vs. Interpretación constitucional del pasado? (Comentario a la C.T. 293/2011 del Pleno de la SCJN)", en *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 30, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, enero-junio de 2014

SILVA Meza, Juan N. y Silva García, Fernando, *Derechos Fundamentales*, 2da. ed., Editorial Porrúa, México, 2013.

SERNA de la Garza, José María, "El concepto de *ius commune* latinoamericano en derechos humanos: Elementos para una agenda de investigación" en Von Bogdandy, Armin, *et al.*, *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, México, Max Plank Institute for Comparative Public Law and International Law/Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, Núm. 92.

-----, "¿Hacia un modelo dialógico en las relaciones entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales de América Latina? en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, Tirant lo blanch, 2013.

TARUFFO, Michele, "Factores institucionales que influyen en los precedentes", en MacCormick, Neil y Summers, Robert, *La interpretación del precedente. Un estudio comparativo*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2016

TENA Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, cuadragésima edición, México, Editorial Porrúa, 2009.

TORRES, Pérez, Aida, "En defensa del pluralismo constitucional" *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, Tirant lo blanch, 2013.

TRIBE, Laurence, *American constitutional law*, 3a ed., Foundation Press, Nueva York, 2000.

TRON Petit, Jean Claude y Ortiz Reyes, Gabriel, "La nulidad de los actos administrativos", 3a. ed., México, Porrúa, 2009.

VÁZQUEZ, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, progresividad . Apuntes para su aplicación práctica” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, México, Editorial Porrúa/UNAM, 2012.

VÁZQUEZ Esquivel, Efrén, “La hermenéutica filosófica: una reflexión sobre el Derecho como ciencia del espíritu”, *Revista Conocimiento y Cultura Jurídica*, FACDYC-UANL, San Nicolás de los Garza, 2ª época, Año1, Número 1, Enero-Junio de 2007.

-----, "La interpretación conforme en México (Dos de sus antecedentes teóricos: Kelsen y Huarte de San Juan. Un estudio Crítico desde la perspectiva de la hermenéutica filosófica)", *Revista Conocimiento y Cultura Jurídica*, FACDYC-UANL, San Nicolás de los Garza, 2009.

-----, Los derechos humanos en el reino de la imprecisión y confusión conceptual, jurídica y política”, *Revista Las Transformaciones del Derecho, el Estado y la Política en el nuevo contexto global*. Centro de Investigaciones Jurídicas y Criminológicas. Facultad de Derecho y Criminología, Oficio Ediciones, México, 2010.

----- y Cienfuegos Sordo, Jaime Fernando, “El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: Perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la jurisdicción interna” en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, Curitiba, vol. 61, No. 1, jan./abr. 2016.

-----, *Derecho y comprensión*, Ed. Tirant lo blanch, México, 2016.

VON Bogdandy, Armin, “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual en derechos humanos: Elementos para una agenda de investigación” en Von Bogdandy, Armin, et al., *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, México, Max Plank Institute for Comparative Public Law and International Law/Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, Núm. 92.

WEBBER, Max, *Economía y Sociedad*, 2da. ed. en español de la cuarta en alemán, trad. José Medina Echavarría, México, Fondo de la Cultura Económica, 1964.

XIOL Ríos, Juan Antonio, “El diálogo entre Tribunales”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 90, Quinta Época, año 2011, España.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 9a. ed., trad. Marina Gascón, Madrid, Editorial Trotta, 2009.

-----, *Historia y constitución*, 2da. ed. trad. Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2011.

-----, e Marcenò, Valeria, *Giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012

-----, “El juez constitucional en el siglo XXI”, trad. de Eduardo Ferrer Mac-Gregor *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2008, Núm. 10, Julio-Diciembre.

Internet y Otros

ACTA Final de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Santiago de Chile, 12 a 18 de Agosto de 1959, en: Organización de Estados Americanos, (Documento web) <http://www.oas.org/consejo/sp/RC/Actas/Acta%205.pdf>

BRITO Melgarejo, Rodrigo, “Diálogo jurisprudencial y protección de los derechos humanos”, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2016, (Documento web) En: <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas-CTDH-Dialogo-Jurisprudencial.pdf>,

BUERGENTHAL, Thomas, “The advisory practice of the Inter-American Human Rights Court”, en Varios, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, (Documento web) en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1996/5.pdf>

CARBONELL, Miguel, “¿Constitución o tratados internacionales?”, *El Universal*, 24 de febrero de 2014, (Documento web) en: <http://www.eluniversalmas.com.mx/editoriales/2014/02/68828.php>

COKE, Edward, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianápolis, Steve Sheppard, Liberty Fund, 2003, (Documento web) <http://oll.libertyfund.org/title/911/106343>

COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, Capítulo I. Origen y Bases Jurídicas de la CIDH, (Documento web) <https://www.cidh.oas.org/annualrep/86.87sp/cap.1.htm>

CONFERENCIAS Internacionales Americanas. Segundo suplemento 1945-1954”, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1956, Dirección General del Acervo Histórico Diplomático de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en: Biblioteca Digital Daniel Cosío Villegas, (Documento web) http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam_2_suplemento_1945_1954/base2.htm

DE LUCAS Javier, “Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos. (A propósito de la crítica del relativismo ético y cultural)”, en: *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, núm 3, 1994, (Documento web). En: <https://core.ac.uk/download/pdf/29398581.pdf>

DECRETO de Promulgación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, expedido por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, José López Portillo. (Documento web) En: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4645612&fecha=07/05/1981

DECRETO Promulgatorio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, adoptada en la ciudad de San José, Costa Rica, el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, el 24 de febrero de 1998, expedido por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Ernesto Zedillo Ponce de León. (Documento web) En: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4944372&fecha=24/02/1999

DICTAMEN de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado respecto la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos, (Documento web) en: http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/61/1/2010-04-08-1/assets/documentos/derechos_humanos.pdf

DICTAMEN de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, el que contiene proyecto de decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Gaceta del Senado, Segundo Periodo Ordinario, Segundo Año de Ejercicio, LXI Legislatura, Martes 8 de marzo de 2011, Gaceta 223, (Documento web) en: <http://www.senado.gob.mx/?ver=sp&mn=2&sm=2&id=28832>

DICTAMEN de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado respecto la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos, (Documento web) en: http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/61/1/2010-04-08-1/assets/documentos/derechos_humanos.pdf

DICTAMEN de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Derechos Humanos, con proyecto de decreto que modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos. Gaceta Parlamentaria, Año XIV, Número 3162-IV, Palacio Legislativo de San Lázaro, miércoles 15 de diciembre de 2010 (Documento web) en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>

DICTAMEN presentado al Pleno del Senado de la República por las Comisiones de Relaciones Exteriores, Quinta; de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos, Primera; (Documento web) En: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/107/26.pdf>

DICTAMEN de las Comisiones Unidas de Relaciones Exteriores Organismos Internacionales; de Relaciones Exteriores; y de Derechos Humanos con proyecto de decreto por el que se aprueba el retiro de la reserva formulada por el Gobierno de México a la Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se alude expresamente a la reforma al artículo 33 constitucional de fecha 10 de junio de 2011. (Documento web) En: http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2013/12/asun_3057675_20131213_1386949438.pdf

FERRER Mac-Gregor, Eduardo, *Voto razonado del Juez Ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, de 26 de noviembre de 2010* (Documento web) en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Voto_razonado_Ferrer_caso_Cabrera_1.pdf

FAÚNDEZ Ledezma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3ra. ed., San

José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, (DCOUMENTO WEB) En: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23853.pdf>

FUENTES Torrijo, Ximena, “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja.” (Documento web) en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes__Spanish_.pdf

GACETA Parlamentaria, Año XII, Número 2743-XVI, Palacio Legislativo de San Lázaro, jueves 23 de abril de 2009, (Documento web) en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2009/abr/20090423-XVI.pdf>

GARCÍA-Sayán, Diego, “Una viva interacción, Corte Interamericana y Tribunales Internos” en: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004 (Documento web)*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/cuarto%20de%20siglo.pdf>

HISTORIA de la Corte IDH, (Documento web) <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh>

JACOBS, Francis G. “Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice” *Texas International Law Journal*, No. 38, 2003, (Documento web), en: <http://www.tilj.org/content/journal/38/num3/Jacobs547.pdf>

LAPORTA San Miguel, Francisco Javier, “Sobre el concepto de derechos humanos”. Doxa. N. 04, Universidad de Alicante, 1987, (Documento web) En: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10897/1/Doxa4_01.pdf

MAYER, Franz. “The European Constitution and the Courts. Adjudicating European Constitutional Law in Multilevel Systems”, Jean Monnet Working Paper 9/03: European Integration: The new german Scholarship., (Documento web), en: <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/03/030901-03.pdf>

MEJÍA, Raúl M. y Cossío, José R., “Derechos descafeinados”, Nexos, 1, junio, 2013, (Documento web) en: <http://www.nexos.com.mx/?p=15368>.

NIKKEN, Pedro, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, (Documento web) en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/10.pdf>

PECES-BARBA Martínez, Gregorio. “La universalidad de los derechos humanos”. Doxa. N. 15-16, Universidad de Alicante, 1994, (Documento web) En: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10645/1/doxa15-16_30.pdf

PIZA Escalante, Rodolfo E., “La jurisdicción contenciosa del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos”, en Varios, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, (Documento web) en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1996/10.pdf>

POIARES Maduro, Miguel, “Interpreting European Law: Judicial adjudication in a context of constitutional pluralism” en *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1 No. 2, 2007, (Documento web) en: <http://www.ejls.eu/2/25UK.pdf>

PROYECTO de resolución de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Derechos Humanos con proyecto de acuerdo relativo a la minuta del Senado con proyecto de decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Derechos Humanos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, (Documento web), <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/PDFs/proceso%20legislativo%20derechos%20humanos.pdf#page=3>

REFORMA en Materia de Derechos Humanos de 11 de junio de 2011, Suprema Corte de Justicia de la Nación, (Documento web), <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/PDFs/proceso%20legislativo%20derechos%20humanos.pdf#page=3>

RIVERO EVIA, Jorge, “Las restricciones constitucionales a los derechos humanos de fuente convencional. Refutabilidad y alternativa ante la jurisdicción supranacional. Mínimas reflexiones a partir de la resolución de la contradicción de tesis 293/2011”, *Revista In Jure Anáhuac Mayab*, 2016, año 5, núm. 9, (Documento web) <http://anahuacmayab.mx/injure>

SALAZAR Ugarte, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, Senado de la República-Instituto Belisario Domínguez, 2014, en <http://corteidh.or.cr/tablas/r33063.pdf>

SAGÜES, Néstor Pedro, “Las relaciones entre los Tribunales Internacionales y los Tribunales Nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias

en Latinoamérica”. Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, Chile. Vol 9, núm. 001, 2003. (Documento web) en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100011#titulo1,

SINTESIS del Informe Anual de la Corte IDH de 2010, que se presenta a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA, Washington, D.C., 18 de marzo de 2011, (Documento web) en: http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garciasayan_18_03_11.pdf

SLAUGHTER, Anne-Marie, “A Typology of Transjudicial Communication”, University of Richmond Law Review, No. 29, 1994, (Documento web), en: <http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/Typology.pdf>

WALKER, Neil, “The Idea of Constitutional Pluralism”, en: EUI Working Paper LAW, No. 2002/1, Italia, (Documento web) en <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/179/law02-1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>,

_____, “Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders”, en International Journal of Constitutional Law, vol. 6, Nums. 3-4, Julio-Octubre de 2008, (Documento web) en https://oup.silverchair-cdn.com/oup/backfile/Content_public/Journal/icon/6/3-4/10.1093/icon/mon016/2/mon016.pdf?Expires=1490574892&Signature=HCGtqYg6WNU6duOfvc3QjOqTG4OIUw4qgm46oXkXZ55bHHDxxE3U0vRZ2EbqvWnXgaJZh6ap1PwAxYy6NygVi0xxnBI7BjdBh1IBrdf1AAuqvWSMm1HhFFU0OmAfBzltqoNBR-8dDph7-InHM5eb38m-ex2Gvo7DdVg1Ak1w~h2iAW0b6OjUqQNnx4mAySpSfLSAUZUmhETgRPsl2usJc0hgQb~U-CYhZLjCcKdbkSTwx1mmhe84tpdQonbnXN3Nr3u3fBOt1IBCGvYG08r3yTEYc~vVNPzkFnoR4Pe9qvyBBwV1zgubh0zYq~DI1znZVF581hQ0qn9O3EpiqEGw__&Key-Pair-Id=APKAIUCZBIA4LVPVW3Q,

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

A. Sexta Época

Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, Sexta Época, tomo CXXXV, 30 de septiembre de 1968, p.37.

B. Séptima Época

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, volumen 121-126, quinta parte, p. 129.

C. Octava Época

Tesis P. C./92, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, núm. 60, diciembre de 1992, p. 27.

D. Novena Época

Tesis P. XXVIII/98, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo VII, abril de 1998, p. 117

Tesis P./J. 74/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo X, agosto de 1999, p. 5.

Tesis P./J. 73/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo X, agosto de 1999, p. 18.

Tesis P. LXXVII/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo X, noviembre de 1999, p. 46.

Tesis P./J. 145/2000, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XII, diciembre de 2000, p. 16.

Tesis 1a./J. 83/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXII, julio de 2005, p. 68

Tesis P. XII/2006, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, tomo XXIII, febrero de 2006, p. 25

Tesis P. XXXVI/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXV, febrero de 2007, p. 643

Tesis P. IX/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXV, abril de 2007, p. 6.

Tesis: I.7o.C.46 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVIII, agosto de 2008, p. 1083.

Tesis: I.7o.C.51 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVIII, diciembre de 2008, p. 1052.

Tesis: XI.1o.A.T.47 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; tomo XXXI, mayo de 2010; p. 1932.

Tesis: XI.1o.A.T.45 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; tomo XXXI, mayo de 2010, p. 2079.

Tesis 2a./J. 176/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXXII, diciembre de 2010, p. 646.

E. Décima Época

Tesis P. LXVIII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro III, tomo 1, diciembre de 2011, p. 551.

Tesis 1a./J. 107/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XIII, tomo 2, octubre de 2012, p. 799

Tesis 1a./J. 139/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XVI, tomo 1, enero de 2013, p. 437.

Tesis P./J. 20/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro 5, tomo 1, abril de 2014, p. 202.

Tesis P./J. 21/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 5, tomo I, abril de 2014, p. 204.

Tesis 2a./J. 56/2014 (10ª.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 6, tomo II, mayo de 2014, p. 772.

Tesis 2a./J. 119/2014 (10ª.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 12, tomo I, noviembre de 2014, p. 768.

Tesis P./J. 64/2014(10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 13, tomo I, diciembre de 2014, p. 8.

Tesis 1a./J. 29/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 17, tomo I, abril de 2015, p. 240.

Expediente Varios 1396/2011, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 22, tomo I, septiembre de 2015, p. 127.

Tesis P. XVI/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 22, tomo I, septiembre de 2015, p. 237.

Tesis 2a. CXXVIII/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 24, tomo II, noviembre de 2015, p. 1299

Tesis 2a./J. 38/2016 (10ª.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 29, tomo II, abril de 2016, p. 1204

Tesis 2a. CII/2016, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 35, tomo I, octubre de 2016, p. 928.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

A. CASOS CONTENCIOSOS

CASO Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C. No. 154 (Documento web). Corte Interamericana de Derechos Humanos en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

CASO Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, (Documento web). Corte Interamericana de Derechos Humanos en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf

CASO Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C. No. 215 (Documento web). Corte Interamericana de Derechos Humanos en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf

CASO Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, (Documento web), Corte Interamericana de Derechos Humanos en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

CASO Ivcher Bronstein vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54. (Documento web). Corte Interamericana de Derechos Humanos en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_54_esp.pdf

CASO Lori Berenson Mejía vs. Perú. Demanda de Interpretación de la Sentencia de Fondo y Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 128. (Documento web). Corte Interamericana de Derechos Humanos en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_128_esp.pdf

CASO Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. (Documento web). Corte Interamericana de Derechos Humanos en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf

CASO Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C. No. 216. (Documento web). Corte Interamericana de Derechos Humanos en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf

CASO Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C. No. 209 (Documento web). Corte Interamericana de Derechos Humanos en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf

CASO Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. (Documento web). Corte Interamericana de Derechos Humanos en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

CASO Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C. No. 218 (Documento web). Corte Interamericana de Derechos Humanos en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf

CASO Velázquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1. (Documento web). Corte Interamericana de Derechos Humanos en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_01_esp.pdf

CASO Velázquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. (Documento web). Corte Interamericana de Derechos Humanos en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

CASO Velázquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7. (Documento web). Corte Interamericana de Derechos Humanos en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf

CASO Velázquez Rodríguez vs. Honduras. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de agosto de 1990. Serie C No. 9. (Documento web). Corte Interamericana de Derechos Humanos en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_09_esp.pdf

B. OPINIONES CONSULTIVAS

OPINIÓN consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), (Documento web). Corte Interamericana de Derechos Humanos en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf

OPINIÓN Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A. No. 16. “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso”, (Documento web). Corte Interamericana de Derechos Humanos en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf

OPINIÓN Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A. No. 15. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), (Documento web). Corte Interamericana de Derechos Humanos en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_15_esp.pdf

OPINIÓN Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A. No. 1. “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), (Documento web). Corte Interamericana de Derechos Humanos en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf

OPINIÓN Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A. No. 4. “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, (Documento web). Corte Interamericana de Derechos Humanos en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf

OPINIÓN Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A. No. 16. “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso”, (Documento web), Corte Interamericana de Derechos Humanos en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf

OPINIÓN Consultiva OC-12/91 de 6 de diciembre de 1991, Serie A, No. 12. “Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, (Documento web), Corte Interamericana de Derechos Humanos en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_12_esp.pdf

OPINIÓN Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A. No. 21, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional, (Documento web), Corte Interamericana de Derechos Humanos en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf

C. OTROS

SINTESIS del Informe Anual de la Corte IDH de 2010, que se presenta a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA, Washington, D.C., 18 de marzo de 2011, (Documento web) en: http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garciasayan_18_03_11.pdf

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

SENTENCIA del Pleno del Tribunal Constitucional de Perú. Caso Colegio de Abogados de Callao (demandante) c. Congreso de la República (demandado). Sentencia de 19 de junio de 2007, 0007-2007-PI/TC, (Documento web) en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2007-AI.html>

SENTENCIA del Tribunal Constitucional Español, 159/1986 de 16 de diciembre, BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1986.

SENTENCIA del Tribunal Constitucional Español, 126/1987, de 16 de julio, BOE núm. 191, de 11 de agosto de 1987.

SENTENCIA del Tribunal Constitucional Español, 150/1990 de 4 de octubre, BOE núm. 266, de 06 de noviembre de 1990.

SENTENCIA del Tribunal Constitucional Español, 101/2013 de 23 de abril, BOE núm. 123, de 23 de mayo de 2013.

CORTE Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el caso Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo. p. 709. XXXVI. Fallo de 5 de marzo de 2002. (Documento web) en: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=516601>

CORTE Constitucional de Colombia, Acción de tutela instaurada por Jaime Rodríguez en contra de Iván Mejía Álvarez. Sentencia T-1319/01 de 7 de diciembre de 2001, (Documento web) en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-1319-01.htm>